

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTE DE DROIT

LA DETENTION

Notion et portée d'application en droit privé français

THESE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 16 Juin 1941

PAR

Roger SAINT-ALARY

Lauréat de la Faculté de Bordeaux (1935-1936-1937)

Président de la Thèse : M. DEMONTES.

M. VIALLETON.

Assesseurs M. LEGAL.



TOULOUSE
IMPRIMERIE TOULOUSAINE (LION RAOUL)
2, RUE ROMIGUIÈRES 2

1941

LA DETENTION

**Notion et portée d'application
en droit privé français**

Roger SAINT-ALARY

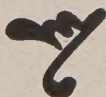
Docteur en Droit

Lauréat de la Faculté de Bordeaux (1935-1936-1937)



LA DETENTION

**Notion et portée d'application
en droit privé français**



TOULOUSE

IMPRIMERIE TOULOUSAIN (LION RAOUL)

2, RUE ROMIGUIÈRES, 2

—
1941

FACULTE DE DROIT DE MONTPELLIER

MM. MORIN, professeur de Droit Civil.
BECQUÉ, professeur de Droit Civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.
BOSC, professeur de Procédure Civile.
VIALLETON, professeur de Droit Civil.
COURTIN, professeur d'Economie politique.
LÉGAL, professeur de Droit criminel.
DEMONTÈS, professeur de Droit commercial.
ANTONELLI, professeur d'Economie politique.
DELBEZ, professeur de Droit constitutionnel.
TISSET, professeur d'Histoire du Droit.
TEITGEN, professeur de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de Cours de Capacité.
BABY, secrétaire.
DUBOIS, secrétaire honoraire.

JURY

MM. DEMONTÈS, président,
VIALLETON, assesseur,
LÉGAL, assesseur.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Introduction

I. — POSITION DU SUJET

Le Droit ne porte pas intérêt à toutes les choses qui nous entourent. Il prend seulement en considération celles qui présentent une valeur et une utilité pour l'homme. Il laisse donc de côté les choses qui sont du domaine commun, comme l'eau de la mer, la lumière du soleil, encore qu'elles n'aient pas été données également à tous les hommes, pour s'occuper uniquement de celles qui peuvent être acquises ou échangées et satisfaire à ses besoins. Faisant allusion à ces dernières, le langage juridique parle de biens et seuls les biens sont objets de droits. Il en résulte, en ce qui concerne les choses, que les biens composent la matière du Droit, en constituent la réalité statique.

Réalité statique qui paraît devoir s'opposer à la réalité dynamique. Mais à quelle notion répond dans notre domaine, l'idée de réalité dynamique?

La caractéristique des biens, nous le répétons, est d'avoir pour l'homme une valeur et une utilité issues des possibilités d'acquisition et d'échange qui leur sont inhérentes. En un mot, l'homme, connaissant ces possibilités, cherche à

faire servir les choses à son usage. La poursuite de ce but nécessite de sa part une certaine activité et même un esprit de domination exercé sur les choses; cette poursuite se traduit, objectivement, par la création d'une relation entre l'homme et le bien considéré. D'une autre manière encore, pour utiliser les choses dont il est possible d'user, l'homme entre en rapports avec elles. Et ces rapports marquent l'aspect dynamique du Droit, puisque, pour atteindre le but qu'il s'est fixé, l'homme doit déployer une certaine activité, exercer sa puissance et son pouvoir.

Ce pouvoir peut lui-même se concevoir sous deux aspects, un aspect juridique, c'est alors un pouvoir de droit et un aspect phénoménal, c'est alors un pouvoir de fait. En conséquence, d'une part, le rapport établi est un rapport de droit, et, d'autre part, c'est un rapport de fait. Relation de droit et relation de fait ont le même but, faire servir une chose à l'usage d'une personne, mais dans des domaines différents, le domaine du droit et le domaine des phénomènes.

Ce parallélisme entre le droit et le fait se marque dans le langage juridique par l'existence de termes qui, s'ils n'expriment pas toutes les relations de droit et toutes les relations de fait qui peuvent exister, énoncent cependant les principales d'entre elles : ce sont les termes de *propriété* et de *possession*. « La propriété, dit l'article 544 du Code civil, est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». C'est là une définition essentiellement juridique, car elle répond à la question de savoir ce qui peut être légitimement par oppo-

sition à ce qui ne doit pas être; ce qui peut être, c'est la faculté juridiquement protégée de jouir, d'user, de transformer et de disposer des choses, ce qui ne doit pas être, c'est la même faculté exercée dans des conditions prohibées par la loi.

La possession, elle, se définit ordinairement : la possibilité qu'a une personne d'exercer sur une chose des actes de jouissance ou d'usage, ou, tout simplement, un pouvoir de fait sur une chose (1). La similitude des buts poursuivis par le propriétaire et le possesseur apparaissent à la confrontation des deux définitions. Mais, par contre, la seconde montre que nous sommes dans le domaine du fait. Avec la possession, en effet, il n'est plus question de savoir ce qui est ou non légitime, ce qui doit être ou ne doit pas être. Il ne s'agit plus de règle, mais seulement de la simple constatation d'un phénomène extérieur : tel individu fait servir actuellement une chose à son usage.

La distinction du droit de propriété et du fait de possession est donc fondée uniquement sur leur existence dans des domaines différents; elle est d'ailleurs connue de tous, car chacun sait qu'il peut jouir des choses soit en droit soit en fait. Au reste, *dans la grande majorité des cas, celui qui a la propriété a également la possession* : il est normal, lorsqu'on est propriétaire, de jouir personnellement et « de facto » de l'objet de son droit. Mais il n'en est forcément pas toujours ainsi et une même chose peut avoir un proprié-

(1) Nous n'employons pas la définition de l'article 2.228 C. civ. parce qu'elle fait appel à des considérations étrangères à la notion générale de possession. Nous ne tarderons pas à le constater.

taire et un possesseur différents. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs, pour trouver des exemples d'un pareil état de choses, de supposer, par exemple, qu'un usurpateur se soit emparé illégitimement d'un fonds de terre; c'est-à-dire de prévoir une hypothèse où il y a acquisition non conforme au Droit. Il suffit de penser au cas du légataire d'un immeuble en vertu d'un testament révoqué par un testament postérieur, mais encore inconnu; si ce légataire vend l'immeuble, l'acheteur ne deviendra pas propriétaire, car le vendeur ne peut pas lui transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même; seule la simple possession sera transférée, bien que personne ne le sache. Cet exemple montre donc que le fait ne fait pas que côtoyer le droit, mais qu'il peut même, en quelque sorte, s'inclure en lui.

Telle est donc, en ce qui concerne les biens, la distinction du droit et du fait. En soi, elle est simple, mais elle se complique à deux points de vue différents dont un, surtout, est d'une importance primordiale pour nous. Tout d'abord, nous l'avons déjà remarqué, le droit de propriété et le fait de possession n'englobent pas toutes les relations de droit et de fait auxquelles les biens peuvent donner lieu. En premier lieu, il est certain que les choses peuvent faire l'objet non seulement d'un droit de propriété, mais aussi de tous autres droits réels; ceux-ci, en effet, seront les droits en vertu desquels une chose nous appartient, au moins à certains égards. Si le droit de propriété est le plus complet de tous les droits et permet de retirer d'une chose toutes les utilités qu'elle comporte, il est permis de concevoir des droits qui autorisent à n'en retirer qu'une partie, tels que les

droits de jouissance ou de servitude, dits droits réels démembrés de la propriété, et même d'autres droits réels qui, au lieu de porter directement sur une chose, ne l'affectent qu'indirectement, à travers sa valeur économique : nous voulons parler des droits réels accessoires d'une créance et établis pour en garantir le paiement tels que le droit de gage ou d'hypothèque.

La question se pose, en deuxième lieu, de savoir si, à ces divers pouvoirs de droit correspondent des pouvoirs de fait équivalents, comme le fait de possession correspond au droit de propriété. Ces divers pouvoirs de fait se constateraient par l'usage restreint que leur titulaire ferait de la chose. Bornons-nous à remarquer que le Droit français, respectueux de la tradition, a formellement reconnu la possibilité de ces pouvoirs puisqu'il est déclaré que la possession peut être « la jouissance... d'un droit... que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre... qui l'exerce en notre nom ». Mais cette solution n'est pas inéluctable; la preuve en est que le Droit allemand qui reconnaît la possession des choses (*Sachbesitz*), donc la possession du droit de propriété, puisque ce droit absorbe toutes les utilités de la chose, ignore, en principe, la possession des autres droits (2).

Ce n'est pas la seule incertitude qui règne en la matière. Elle ne serait pas très grave, d'ailleurs au moins en Droit français, puisque la position de notre Code est catégorique. Il est une autre dif-

(2) V. Planiol, Ripert et Picard, Traité théorique et pratique de Droit civil III, n° 147.

ficulté qui se place sur le terrain même de la possession des choses et qui apparaît à la lecture des textes légaux. La partie de l'article 2.228 qui a trait à la possession des choses s'exprime, en effet ainsi : « La possession est la *détention*... d'une chose... que nous tenons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient... en notre nom » (3). D'après cette définition, le fait de tenir une chose en mains, de l'avoir à sa disposition, impliquerait par lui seul, la puissance exercée sur les choses, constitutive du fait de posséder. Ce qui laisserait entendre qu'on ne puisse pas avoir une chose en mains, tout au moins volontairement, sans exercer sur elle le pouvoir de fait appelé possession. Or, par l'article 2229, le Code reconnaît au fait de posséder ainsi défini des effets dans le domaine du droit, puisqu'il vient admettre que la possession puisse, sous certaines conditions, conduire à la propriété; pour employer une terminologie nouvelle, le Code reconnaît que le fait de posséder est un fait juridique. Mais à l'article 2237 il est dit, par contre, que ceux qui *détiennent précairement* une chose tels que le fermier, le dépositaire ou l'usufruitier, ne peuvent prescrire. Que signifie donc ce terme de *détention* qui paraît à la fois s'identifier à celui de possession et s'y opposer? L'opposition, au surplus, ne se mar-

(3) Cette définition laisserait entendre que la question de détention ne se pose que lorsqu'on absorbe toutes les utilités d'une chose. Nous aurons à discuter ce point, mais qu'il nous soit permis, dès à présent, afin de prévenir certaines inquiétudes qui pourraient naître à la lecture de la première partie de cette étude, que la *détention* est, à beaucoup près, étrangère à la matière des servitudes.

que pas seulement à l'égard de l'acquisition du droit de propriété. Rappelons, à cet égard, qu'on estime ordinairement que le fait de possession peut seulement exister là où la propriété est possible. Au contraire, on reconnaît la possibilité de détenir, d'avoir en mains, des choses qui ne sont pas susceptibles d'être appropriées, telles que les biens du domaine public. De même encore, si le possesseur est traditionnellement protégé en justice par deux actions, l'une conservatoire, l'autre récupératoire, cette double prérogative est, d'habitude, refusée au détenteur. Par conséquent, ne permettant pas de prescrire, ne donnant pas d'action en justice, la détention est considérée comme un simple fait, un fait matériel et non un fait juridique, générateur d'effets de droit.

Et pourtant de l'extérieur, — et qu'il s'agisse de possession ou de détention, c'est le point de vue le plus important puisque nous sommes dans le domaine du fait, — comment différencier possesseurs et détenteurs? Regardez un fermier labourer son champ; son travail, sa façon de se comporter sont-ils différents de ceux d'un propriétaire qui use de son droit lui-même? En rien, les attitudes sont évidemment identiques. Et il en est de même dans tous les domaines; croyez-vous, par exemple, qu'on pédale différemment sur une bicyclette selon qu'on en a la propriété légitime, ou selon qu'on l'a volée ou encore empruntée?

Toutes ces difficultés ne datent pas, cela se comprend sans peine, d'aujourd'hui. Sans doute, en *Droit romain*, la question de la détention n'est-elle apparue que relativement tard puisque les écrits de l'époque de Cicéron et même les œuvres des juriconsultes classiques dénotent une confu-

sion continue entre les notions de possession et de détention. Mais, par la suite, dès que les éléments de différenciation sont apparus aux esprits, le problème du critérium de distinction s'est présenté et, depuis, il n'a jamais été pleinement résolu. L'incertitude a toujours régné autant en Droit romain que dans l'ancien Droit, et elle s'est marquée par une terminologie extrêmement flottante.

C'est ainsi que, dans le Droit de Justinien où notre distinction existe certainement, le terme « possessio » se rapporte également à la possession ayant des effets juridiques et à la détention, simple fait matériel, selon le qualificatif qui lui est accolé : d'une part, on parle de « possessio la « possessio civilis » et la « possessio naturalis » Mais, plus tard, chez les auteurs du Moyen Age (4), la « possessio civilis » et la possessio naturalis » sont toutes deux une possessio « fructuosa et fœcunda » ; on les oppose alors au simple fait de la « detentio ». Cette distinction, au reste, ne se maintint pas telle quelle dans la suite des temps et elle subit des variations. On parla ainsi de « possessio civilis » seulement lorsque le possesseur retire de la chose toutes les utilités qu'elle comporte et on réserva le terme de « possessio naturalis » à la possession qui ne permet d'en retirer qu'une partie, comme dans les cas d'emphytéose, de vassalité ou d'usufruit ; mais on opposa toujours à ces diverses possessions, la simple détention telle qu'elle résulte d'un contrat de louage ou de prêt à usage.

(4) V. Placentin, *Summa Tricensis*, p. 329, cité par Duquesne. Distinctions de la possession et de détention en Droit romain. Thèse, Paris, 1898.

Telle était encore, à la fin du XVIII^e siècle, avec quelques nuances et précisions, la distinction que présentait Pothier (5) : « La possession civile, dit-il, est la possession de celui qui possède une chose comme à lui appartenante en propriété, soit qu'il en soit effectivement propriétaire, soit qu'il ait seulement quelque sujet de le croire ». Dans la possession naturelle, il fait entrer tous les cas de possession qui sont reconnus par la loi, mais qui ne peuvent cependant pas faire partie de la première catégorie, comme celle d'un engagiste, d'un usufruitier. Enfin, Pothier parle de « nuda custodia » ou de « pure détention » pour indiquer la situation matérielle de ceux qui ont simplement une chose en mains. Enfin, un nouveau terme est apparu qui a fini, s'il est permis de s'exprimer ainsi, de brouiller les cartes. Sans doute, son origine est lointaine puisqu'elle se trouve dans l'institution romaine du « precarium ». Le précairiste était « grosso modo » celui qui cultivait une terre avec la permission bénévole du propriétaire, sans contrat; certaines prérogatives lui étaient reconnues et, en particulier, il exerçait les interdits possessoires. Mais le terme de précaire, au résultat d'une évolution que nous ne retracerons pas à cette place, a subi une déformation, et, accolé à celui de possesseur, il indique, au contraire de ce qui se passait en Droit romain, une possession sans effet juridique, une simple détention. Nous avons même constaté qu'à l'article 2237 le Code civil, par pléonasme, parle de détention précaire.

L'incertitude terminologique est donc flagrante

(5) Pothier : « De la Possession », p. 6.

et elle paraît n'être pas due, tout au moins pour la plus grande part, à la pauvreté du langage; elle trouve pour beaucoup, au contraire, sa source dans une incertitude notionnelle. Si, en effet, pour de nombreux cas de possession, l'accord est fait en ce sens que le pouvoir a toujours été reconnu, pour d'autres il n'en est pas de même et la raison en est que la notion de détention a besoin d'être éclaircie pour savoir si telles hypothèses en relèvent ou bien, au contraire, ressortissent de la notion de possession. Mais, il faut bien le remarquer, jusqu'à maintenant, dans presque toutes les conceptions qui se sont fait jour en la matière, la recherche d'un critérium sûr de distinction a eu pour but de délimiter ceux qui, bien qu'ayant la mainmise d'une chose, ne pouvaient jamais prétendre, grâce à cette mainmise, être les titulaires d'avantages juridiques. En un mot, sauf exceptions, la détention a toujours été considérée comme n'ayant aucun effet juridique.

Tel est le problème qui s'offre à nous. Il est double; il s'agit d'abord de savoir ce qui distingue la détention de la possession, ou, mieux, ce qu'est la notion de détention; il s'agit ensuite de reconnaître la part de vrai et la part de faux de la conception matérielle de la détention.

II. — DÉLIMITATION DU SUJET LES INTÉRÊTS QU'IL PRÉSENTE

1) Ce problème posé par la détention, nous n'avons pas l'intention de l'étudier sous tous ses aspects. Nous le posons seulement en Droit positif français. Nous avons déjà constaté l'existence de textes qui lui sont relatifs; nous verrons aussi qu'il existe des décisions jurisprudentielles et des

conceptions doctrinales le concernant. C'est sur ces bases que nous rechercherons une solution. Cela ne veut pas dire que nous ne nous réservons pas le droit de faire appel à l'étude des droits étrangers, mais ce sera uniquement fait pour nous éclaircir sur notre propre Droit.

D'autre part, nous nous plaçons seulement au point de vue du fait et de ses répercussions dans le domaine du droit. Le strict point de vue du droit ne nous intéresse pas : il n'est pas question de rechercher quels droits nous pouvons avoir sur les choses, mais de savoir ce qui, lorsque nous les avons à notre disposition, en résulte juridiquement. Les processualistes diraient que nous sommes au possessoire et que nous ne voulons en rien présumer du pétitoire, qu'au contraire nous désirons le laisser entier. Déclarons enfin que tout notre travail tendra à démontrer que la détention telle que le Droit français la conçoit, répond, comme la possession mais à des titres différents, à la notion de fait générateur d'effets de droit, de fait juridique.

2) On peut se demander quel intérêt il y a à soulever le problème ainsi posé, alors qu'il ne semble pas être d'une brûlante actualité. Il y a cependant, nous semble-t-il, un *double intérêt, scientifique et pratique*. Scientifique tout d'abord. Il n'y a pas eu du moins au point de vue où nous nous plaçons, d'étude spéciale sur notre sujet ; à peine existe-t-il deux thèses de doctorat qui sont anciennes et vieilles, encore qu'elles nous donnent certains aperçus intéressants sur l'état des conceptions au moment où elles ont été écrites (6).

(6) Selosse : Essai sur la possession précaire, Thèse, Lille, 1874; Sonnet : De la Précarité. Thèse, Paris, 1888.

Les auteurs de traités généraux, eux-mêmes, n'ont pas fait progresser la question. Les grands commentateurs du Code civil n'ont fait que l'exposer, telle qu'elle se présentait au résultat d'une interprétation exégétique des textes et, il faut bien le dire, les auteurs modernes, s'ils ont relevé les inconvénients de la conception classique, n'ont pas cherché à lui trouver une nouvelle solution, du moins en droit positif. Seul, Saleilles, nous le constaterons en détail, a émis des idées absolument originales. Il peut donc, à bon droit, paraître intéressant de considérer la question à nouveau et dans son état actuel. Du reste, il importe toujours, dans le domaine juridique, d'obtenir de nettes « catégorisations » ; le besoin de classer est naturel chez le juriste.

L'intérêt de notre étude est aussi pratique. Notre but est, en effet, d'éclaircir une notion encore indistincte, de montrer ce qui en fait la juridicité. Or, de plus en plus, les Palais de justice, pour suppléer à l'insuffisance du législateur et même, lorsque le besoin s'en fait sentir, pour corriger dans une certaine mesure ses décisions, font appel aux idées générales, donc aux notions juridiques. Nous ne poussons certes pas l'outrecuidance jusqu'à prétendre que notre étude doive avoir des répercussions sur les décisions de nos Tribunaux. Mais nous serions satisfait si elle pouvait ramener l'attention sur notre question et susciter de nouvelles décisions. Ce n'est pas tout. Si nous arrivons à montrer la juridicité de la notion de détention, du même coup, sous réserves de certaines conditions bien entendu, nous permettons à toute une catégorie d'individus, les détenteurs, d'accéder aux Tribunaux, alors qu'avant ils n'avaient pas cette possibilité, ou, tout au moins imparfaitement.

III. — PLAN DU SUJET MÉTHODE D'EXPOSITION

Pour exposer notre sujet, nous n'avons pas l'intention de nous livrer à de savantes synthèses. Il s'agit de savoir quelle est la notion de détention et si elle est juridique : dans une première partie, nous rechercherons les éléments constitutifs du rapport de détention et, dans une seconde, ce qui peut en faire la juridicité.

Dans cette étude, nous aurons souvent à nous reporter aux ouvrages des auteurs classiques et modernes. On pourra peut-être s'étonner de ce que nous leur faisons dire et aussi de ce que nous dégagions un ensemble d'idées qui ne se retrouve, en entier, chez aucun d'eux. La raison en est que nous n'avons jamais voulu, sauf pour Salleilles, retracer telles ou telles opinions particulières. Nous en avons fait une synthèse afin d'en extraire une conception unique, classique. Qu'il nous soit permis d'ajouter que, ce faisant, nous avons travaillé en toute objectivité, en prenant garde à toute déformation.

PREMIERE PARTIE

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU RAPPORT DE DETENTION

Le fait brutal de posséder, d'avoir une chose sous sa domination n'est pas érigé, tel quel, en rapport juridique. Le Droit, pour le prendre en considération, exige qu'il se présente avec une certaine « coloration ». En d'autres termes, pour prétendre à une vie juridique, la possession doit réunir certains éléments constitutifs. Sur ce principe tout le monde est d'accord. Mais les conceptions divergent sur l'existence et la nature de ses éléments constitutifs. Déclarons dès maintenant, afin d'avoir une base solide de discussion que, dans notre Droit français, la possession doit traditionnellement réunir deux éléments distincts, un élément corporel ou matériel et un élément psychologique ou volontaire et qu'elle répond ainsi à la notion de fait volontaire. Nous nous propo-

sons de rechercher s'il en est de même de la détention et si, pour elle comme pour la possession, deux éléments distincts sont nécessaires à sa constitution.

CHAPITRE PREMIER

L'élément corporel du rapport de détention

La détention requiert l'existence d'un premier élément, l'élément corporel. L'étude de cet élément portera sur sa notion et son mode d'acquisition.

SECTION PREMIÈRE. — NOTION DE L'ÉLÉMENT CORPOREL DE LA DÉTENTION

L'élément corporel de la détention ne peut être étudié qu'en le rapprochant de l'élément de fait de la possession. Il s'agit de savoir s'il est purement matériel ou s'il exige un apport de volonté, en dehors de la question de savoir s'il est besoin, en plus, d'un autre élément volontaire.

§ I^{er}. — *Notion de l'élément matériel
proprement dit*

A. — *Identité de principe de l'élément matériel
et de la détention
et de l'élément matériel de la possession*

I. — Les auteurs n'ont pas cherché à donner, d'une manière directe, une définition de l'élément de fait de la détention. C'est seulement à propos de l'étude des éléments constitutifs de la possession qu'ils sont amenés à proclamer l'identité de cet élément avec l'élément similaire de la possession. Ils constatent tout d'abord qu'il existe un sens vague et courant de ce mot, dans lequel la possession se confond avec la détention. Elle signifie alors un simple pouvoir de fait sur une chose, une relation physique qui unit un individu à une chose. Aubry et Rau (7) déclarent ainsi que la possession « lato sensu » est « l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels d'usage, de jouissance et de transformation » ; cette définition s'applique aussi bien à la détention. Les auteurs s'empressent toutefois de faire remarquer que ce sens large du mot possession ne peut être retenu dans une bonne terminologie juridique, car il ne tient pas compte de l'élément intentionnel de la possession. Mais ils constatent alors que la détention s'identifie avec l'élément corporel de la pos-

(7) Aubry et Rau et Martin, Cours de Droit civil français, 6^e éd. II, p. 107.

session, avec le corpus possesseur. Ainsi Beudant (8) écrit « l'élément matériel, le corpus, constitue la simple détention. Baudry-Lacantinerie (9) dit encore : « Le fait sans l'intention, n'est que la simple détention » (10).

Ce n'est pas seulement chez les auteurs français que cette identité est proclamée. Ihering y parvient aussi, mais par des voies différentes. Nous verrons d'ailleurs bientôt que, pour lui, l'identité ne s'arrête pas à l'élément corporel, mais qu'elle s'étend aux notions de possession et de détention prises dans leur intégralité.

II. — Définition de l'élément corporel

a) *Chez les auteurs classiques, chez Ihering :*
La doctrine française n'a pas particulièrement approfondi la notion de l'élément de fait commun à la possession et à la détention. Le Code civil ne l'y incitait d'ailleurs pas, puisqu'il est muet sur la question. Les auteurs se contentent d'habitude de donner une définition du corpus possesseur, sans donner de véritables explications. Cette définition est, au reste, similaire chez la plupart d'entre eux et se confond avec celle qu'ils donnaient de la possession « lato sensu ». Elle se traduit

(8) Beudant : Cours de Droit civil français, tome IV, Les Biens, par Voirin, n° 657.

(9) Baudry-Lacantinerie : Précis élémentaire de Droit civil, 1896, I, n° 1.293.

(10) Ces auteurs semblent supposer que la détention s'identifie avec l'élément corporel de la possession et n'implique aucun élément volontaire. Ce n'est pas le véritable fond de leur pensée; nous le verrons bientôt.

par la possibilité d'accomplir les *actes matériels d'usage, de jouissance et de transformation susceptibles de faire rendre à la chose les utilités qu'elle comporte dans la mesure où le droit réel, dont l'exercice est constitué par l'accomplissement de ces actes, les assure à son titulaire.*

Cette définition nous met dès maintenant en présence du constant parallèle qui existe dans la doctrine classique entre le fait et le droit. Les conséquences les plus marquantes de ce parallèle apparaîtront par la suite, avec l'étude de l'élément intentionnel, mais nous le voyons apparaître déjà, avec l'élément corporel. C'est ainsi que possession et détention sont apparues comme l'exercice de fait d'un droit réel. Ce droit réel fut d'abord uniquement le droit de propriété. Les Romains considéraient en effet comme difficile de parler d'actes matériels de jouissance, d'usage et de transformation pour un autre droit que le droit de propriété. Mais on constata plus tard, et de nos jours nous y sommes conduits par le Code civil, que les actes ou gestes accomplis par le titulaire d'un droit de servitude ou d'un droit d'usufruit correspondent à ceux accomplis par le propriétaire et qu'il n'importe de faire aucune différence. En conséquence, l'ancienne distinction qu'on trouve encore dans Pothier (11) a été supprimée.

Cette affirmation que l'élément corporel de la possession et de la détention se résume dans le fait de se conduire vis-à-vis de la chose comme le ferait le propriétaire se retrouve chez Ihering (12)

(11) Pothier : Possession, n^{os} 37 et 38.

(12) Ihering : Fondement des interdits possessoires, page 159 s.

où elle a été posée avec une particulière luminosité. Avec cette richesse dans l'emploi des termes qui lui est coutumière, cet éminent jurisconsulte définit la possession des choses comme « *l'ertériorité de la propriété* ». Il en déduit que la forme extérieure du rapport possessoire, donc l'élément matériel, est variable. Elle dépend en effet essentiellement du mode d'exercice de la propriété. Or celui-ci dépend lui-même de la nature de la chose, de son mode d'utilisation au point de vue économique, et des usages, toujours variables, du pays et de l'époque, usages qui indiquent comment les propriétaires d'un pays donné, dans un état de civilisation donnée, jouissent de leur chose conformément aux mœurs dominantes de l'époque.

b) *L'opinion divergente de Saleilles* : Saleilles (13) a soutenu que l'élément matériel de la possession ne pouvait être enfermé dans le « moule étroit de la configuration du droit de propriété » et que l'ensemble des faits qui le constituent sont ceux qui révèlent non pas un rapport d'appropriation juridique, mais bien « un rapport durable d'appropriation économique, un rapport d'exploitation de la chose au service de l'individu » (14).

Il est difficile d'exposer, « a fortiori », de discuter, un point particulier de la conception de Saleilles si on ne le replace pas dans l'ensemble de sa théorie possessoire. La pensée de cet auteur est remarquable à bien des égards, mais souvent difficile à dégager; elle l'est encore plus, à ne pas la considérer dans son intégralité. Toutefois, nous ne voulons pas reprendre ici toute la

(13) Saleilles: *Éléments constitutifs de la possession*, 1894.

(14) *Op. cit.*, n° 67.

théorie de Saleilles, ce qui nous mènerait beaucoup trop loin. Qu'il nous suffise de dire que sa conception de la possession est une conception économique, en ce sens que, pour lui, *la possession est « la manifestation de l'appropriation économique dans le domaine des choses extérieures »*. Partant, l'élément matériel de cette notion ainsi comprise ne peut être que l'ensemble des faits traduisant à l'extérieur une telle appropriation. Pour reprendre les expressions d'Ihering, il ne marque pas l'extériorité de la propriété mais l'extériorité de la maîtrise économique de la chose.

Par suite, Saleilles a été conduit à distinguer le rapport d'appropriation économique du rapport d'appropriation juridique; c'est ce qu'il s'est employé à faire. Il constate tout d'abord qu'une pareille distinction peut paraître difficile à opérer. En effet lorsqu'un individu se conduit comme le maître de la chose, il semble que les faits qui expriment cette attitude soient les mêmes que ceux qui révéleraient un propriétaire. Tous ceux qui ont une chose à leur disposition, quel que soit le titre en vertu duquel ils l'ont, se comportent à leur égard de la même façon. Certes, fait remarquer Saleilles, en se plaçant au point de vue subjectif, c'est-à-dire en recherchant par le titre d'entrée en possession quel a pu être leur animus, nous pourrions facilement opérer des distinctions, mais le corpus ne se soucie ni de l'animus ni du titre juridique. Donc à prime abord, rien ne semble différencier, du point de vue des faits extérieurs, le maître de la chose.

Cependant, toujours selon Saleilles, une telle assimilation ne peut être maintenue, car elle suppose que la possession n'est envisagée qu'à un mo-

ment donné et fugitif. Or, la situation du possesseur est une situation durable qui, pour être caractérisée, nécessite de remonter à la prise de possession. Or, à se placer au moment de cette prise de possession, il n'est pas difficile de constater que, dans de nombreuses hypothèses, le maître de la chose se comporte différemment du propriétaire. Il suffit de penser au possesseur qui s'empare de la chose par violence ou par soustraction frauduleuse. Jamais on n'a vu un propriétaire user de violence envers le précédent possesseur ou s'emparer clandestinement de sa propre chose. Ce n'est pas tout; si rapport d'appropriation économique et rapport d'appropriation juridique étaient identiques, il faudrait s'en tenir pour caractériser le fait initial de la possession, à des actes purement juridiques. Or, ce n'est pas vrai; le Droit s'attache uniquement aux circonstances de fait susceptibles d'indiquer que tel individu est le seul en état de se servir de la chose.

En définitive, il faut distinguer ces deux rapports d'appropriation. Mais lequel conserver ? Pour Saleilles, il ne fait aucun doute que ce doit être le rapport d'appropriation économique. Il se fonde pour le démontrer sur l'indépendance de la possession vis-à-vis de la propriété. Si une telle distinction existe, il est manifeste qu'on ne puisse conserver le décalque de la possession sur la propriété comme le fait Ihering. Or, elle existe pour la raison suivante.

Le développement historique de la possession s'est fait en marge de celui de la propriété, et Ihering le reconnaît lui-même, la possession a précédé la propriété dans le temps. Comment le corpus possessorio pourrait-il être de cette façon la visi-

bilité d'une propriété qui n'existerait pas encore? Par conséquent, si la possession existait avant la propriété, elle doit en être distinguée et *seul le rapport d'appropriation économique peut traduire le rapport de fait constitutif de l'élément corporel de la possession.*

c) *Réfutation de l'argumentation de Saleilles. Maintien de la définition classique.* — Les arguments de Saleilles ne nous paraissent pas probants. Si en effet, il distingue rapport d'appropriation juridique et rapport d'appropriation économique, il se fonde, pour ce faire, uniquement sur une raison historique. Nous ne voulons pas discuter la valeur de cet argument du point de vue de l'histoire du Droit romain. Nous nous bornons à remarquer qu'elle est discutable; les romanistes modernes estiment en effet que le « *dominium ex jure quiritium* » a précédé la possession dans le temps et que celle-ci n'est apparue d'une manière distincte que plus tard, lorsqu'il s'est agi de protéger la jouissance de terres qui, d'après le droit quiritaire, étaient insusceptibles de propriété; ce sont, au surplus, ces terres que l'on appelait par excellence les « *possessiones* ».

Tout cela importe d'ailleurs peu à notre point de vue moderne. Il nous suffit de constater qu'à l'heure actuelle, il n'est pas fait de différence entre la propriété, la possession et la détention quant à la chose qui en est l'objet. Toute chose, en effet, susceptible de propriété, l'est également de possession ou de détention et celui qui examine les faits et gestes de l'individu qui tient la chose ne peut nullement par leur seul examen, différencier le propriétaire du possesseur et du détenteur; ces faits et gestes sont absolument identiques. Com-

ment séparer le propriétaire qui cultive sa terre parce qu'elle lui appartient, de l'usurpateur ou du fermier qui la cultive pareillement, l'un parce qu'il s'en est emparé par force, l'autre parce qu'il l'a louée? Le mode d'exploitation ne s'en trouve nullement modifié et, du point de vue des faits extérieurs, le seul qui nous importe ici, il ne peut être fait aucune distinction.

Nous entendons bien avec Saleilles que si l'on remonte au fait initial de la possession, on constate des divergences entre les possesseurs ou les propriétaires. Mais alors de deux choses l'une; ou bien, on considère que l'élément de fait de la possession s'acquiert différemment selon qu'on a ou non un droit sur la chose, ou bien on procède à l'examen du titre d'entrée en possession. Dans ce second cas, Saleilles admet lui-même qu'on dépasse la question de la notion de l'élément corporel puisqu'intervient principalement celle de l'élément intentionnel. Dans le premier cas, nous estimons que notre question est encore dépassée; dans cette hypothèse en effet, Saleilles se réfère au mode d'acquisition du corpus possessoire pour différencier le maître de la chose du propriétaire. Or que nous importe ce mode d'acquérir pour dégager la notion de l'élément matériel? Celui-ci peut se définir sans y recourir. Nous constatons simplement qu'une fois acquis, cet élément se traduit par les actes de jouissance, d'usage et de transformations tels que les accomplirait un propriétaire ou tout autre titulaire d'un droit réel dans la mesure où il les comporte.

Nous nous en tenons donc, en définitive, à la définition classique qui a le mérite, selon nous de reporter une notion difficilement saisissable, l'élé-

ment de fait de la détention ou de la possession à une autre notion qui est, elle, plus facilement accessible parce qu'elle nous est fournie par l'expérience de tous les jours. Il suffit alors, pour résoudre la question, de savoir comment les propriétaires ont l'habitude de se comporter lorsqu'ils font servir les choses considérées à leur profit, en concordance avec leur destination économique. Comme le dit Ihering lumineusement, « l'existence de la possession est affaire de pure expérience, c'est une question de vie quotidienne » (15).

B. — LES CAS EXCEPTIONNELS DE POSSESSION SYMBOLIQUE

Les actes de jouissance, d'usage et de transformation manifestant l'existence de l'élément corporel de la possession ou de la détention, impliquent d'une façon générale que celui que les accomplit à la mainmise matérielle de la chose. Pour le détenteur, il ne peut d'ailleurs en être autrement; le terme détenir signifie en effet, étymologiquement, avoir la chose entre les mains, et le détenteur, pour conserver cette qualité, doit rester en contact avec elle.

Pour le possesseur, au contraire, il peut arriver dans certains cas qu'il en soit autrement. Ainsi apparaissent des situations exceptionnelles dans lesquelles l'identité de principe que nous avons formulée au début entre l'élément matériel de la possession et l'élément matériel de la détention n'existe plus. Ces situations exceptionnelles ne

(15) Ihering, *op. cit.*, p. 167.

sont apparues que récemment aux yeux des auteurs et, même, ce ne sont pas, à une exception près (16), ceux qui parlent de notre matière qui les mentionnent. Nous les englobons sous la dénomination générale de cas de possession symbolique car, avec eux, la possession d'un titre représentatif de la chose équivaut à la possession réelle, matérielle de cette chose.

Ces cas sont nombreux en droit moderne; ils se présentent principalement en droit commercial maritime mais nous pouvons en relever dans le domaine des transports terrestres. L'article 92 du Code de commerce ne laisse aucun doute sur notre question : il décide que le créancier est réputé posséder les marchandises, « ... si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture ». La *lettre de voiture* par conséquent, à laquelle la pratique a assimilé le récépissé, est un instrument de possession indirecte et symbolique. La possession de la chose qui est l'objet du contrat de transport peut donc être transférée uniquement par la remise du titre représentatif, sans que cette chose ne change physiquement de détenteur, donc en demeurant dans la gare, dans la voiture.

Cette situation se présente plus souvent pour les marchandises véhiculées par mer, qui se prêtent, au cours de la traversée, à un nombre indéfini de transactions et notamment de ventes ou d'engagements. Le crédit documentaire est d'ailleurs fondé sur la remise au créancier du connaissement, titre représentatif des marchandises em-

(16) Quincardet : La notion de gage en droit privé. Thèse, Bordeaux 1937, p. 281.

barquées. Ce connaissance passera entre les mains du créancier gagiste, en l'occurrence un banquier qui, par sa remise, obtiendra la certitude d'être payé à l'arrivée des marchandises, puisqu'il les a reçues en gage, qu'il en a la possession du fait du connaissance et qu'il ne pourra perdre cette possession que par la transmission du connaissance, les marchandises devant être délivrées au porteur du connaissance et pas à d'autres (17).

Un second exemple de possession symbolique en droit maritime nous est fourni par l'institution de la *mutation en douane*. L'instrument de possession symbolique n'est plus marqué ici par l'existence d'un titre représentatif, mais par l'accomplissement d'une formalité. Nous ne voulons pas revenir à cette place sur les multiples controverses auxquelles la mutation en douane a donné lieu. Nous renvoyons à leur sujet à l'exposé très complet de M. Bonnecase (18) et nous concluons simplement avec lui que la mutation en douane a pour objet de conférer à l'acquéreur d'un navire la possession de celui-ci; la mise en mouvement de cette institution a, en d'autres termes, pour résultat l'investiture légale et de plein droit de la possession du navire au profit du nouveau titulaire de la propriété. » (19). En conséquence, il n'est pas nécessaire pour être

(17) Bonnecase : Traité de Droit maritime, 1922, n° 771. Dans le même sens, Josserand : Les Transports, 2^e éd., n°s 402 et 403. Thaller et Percerou : Traité élémentaire de Droit commercial, n° 1.024 s. Lyon-Caen et Renault : Traité de Droit commercial III, n° 278 s.

(18) Bonnecase, op. cit., n° 283.

(19) Bonnecase, op. cit., n° 290.

possesseur d'un navire d'en avoir la mainmise matérielle; il suffit d'avoir opéré la formalité de la mutation en douane. De même que les marchandises en cours de transport terrestre ou maritime peuvent changer maintes fois de possesseur, sans que la détention physique de ces marchandises ne change de mains, de même, les navires peuvent changer de possesseur sans qu'ils changent de détenteur.

La jurisprudence a fait une application remarquable de cette conception à la constitution en gage d'un navire. Le nantissement des navires, on le sait, n'est plus pratiqué, ou guère, depuis que la loi du 10 décembre 1874, remplacée par celle du 10 juillet 1885, a institué l'hypothèque sur les navires. Néanmoins, on peut toujours concevoir la possibilité d'un nantissement des navires. Il présenterait toutefois, dans l'hypothèse normale, un gros désavantage sur la constitution d'hypothèque. Normalement en effet, au résultat des articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, le créancier gagiste devrait être mis en possession « réelle », autrement dit en détention du navire; à défaut du gagiste, ce devrait être « un tiers convenu entre les parties ». Ce dessaisissement aurait pour effet de dépouiller le propriétaire du navire de son instrument de travail, d'aggraver ainsi sa situation, alors qu'il désire seulement se procurer du crédit pour poursuivre son activité. La jurisprudence a pallié très judicieusement à cette difficulté en déclarant que les exigences de l'article 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce seraient respectées si mention du nantissement était faite sur les registres de la douane, en marge de l'inscription constatant déjà la propriété

du navire, et sur le double de l'acte de nationalité qui se trouve toujours à bord (20). Elle a invoqué les raisons suivantes : la possession du gage par les créanciers a pour but de prévenir les tiers et d'entourer d'une certaine publicité le droit de préférence du créancier gagiste. Ce but sera atteint en faisant transcrire le contrat de nantissement sur le registre de la douane au port d'attache et sur le double de l'acte de nationalité. Mais il n'en reste pas moins que la jurisprudence attache la possession du navire à l'accomplissement d'une simple formalité.

Les cas de possession symbolique que nous venons d'envisager, nous ont mis en présence de titres ou d'inscriptions (ce qui, pour la question qui nous intéresse, revient au même) représentatifs de choses matérielles. Il semble que tous ces cas répondent à une même notion, la notion de représentation en tant qu'elle peut s'appliquer aux choses matérielles aussi bien qu'aux personnes (21).

§ 2. — LA QUESTION DE L'APPORT VOLONTAIRE. NÉCESSITÉ DE SON EXISTENCE POUR CONSTITUER L'ÉLÉMENT CORPOREL

Certains faits matériels ont une signification juridique par eux-mêmes, sans que la volonté ait à s'intégrer en eux. Ainsi la naissance et la mort, la filiation sous l'aspect des obligations des descendants envers les ascendants, les cas fortuits ou de

(20) Pau 24 mars 1884 (S. 1885. 2. 132) confirmé par Cass. Req., 11 février 1885 (S. 1886, 1, 117).

(21) V. Bonnecase : Droit maritime, n° 770 et s.

force majeure, sont des faits qui, tels quels, sont pris en considération par le Droit. D'autres, au contraire, nécessitent l'apport d'un élément volontaire pour que la signification juridique apparaisse. Il en est ainsi de la détention.

Il est un tort de croire que les auteurs français, même partisans de l'Ecole de l'Exégèse, n'aient pas constaté cette nécessité. Baudry-Lacantinerie et Beudant (22), pour ne citer que ceux-là, en ont fait état. Il n'en reste pas moins que nous sommes redevables à Ihering (23), d'avoir marqué l'importance de l'apport volontaire dans le rapport de détention. Cet auteur a distingué avec luminosité ce rapport du rapport voisin où la volonté ne s'est pas incorporée et qu'il appelle rapport de juxtaposition locale. C'est, en conséquence, à Ihering que nous nous reportons principalement pour montrer la nécessité d'un élément intentionnel qu'il soit, dans la détention.

Nous avons vu précédemment que l'élément matériel de la détention apparaissait lorsqu'un rapport était établi entre un homme et une chose. De tels rapports, de tels contacts entre un homme et une chose sont fréquents et pourtant tous ne donnent pas naissance à un rapport de détention ou de possession. Ainsi pour reprendre des exemples classiques et qui nous viennent du Droit romain, on n'a jamais considéré que le dormeur dans la main de qui une chose est mise, la possède; de

(22) Baudry-Lacantinerie et Tissier. Prescription n° 199-6° et n° 226; Beudant et Voirin : Cours de Droit civil français IV, n° 660; Adde Saleilles : Eléments constitutifs de la possession, n° 2.

(23) Volonté dans la possession, p. 17 et s.; p. 35 et s.

même, il serait absurde de supposer que le prisonnier bardé de chaînes, les possède. Tous ces contacts sans aucune signification relèvent de la notion du rapport de juxtaposition locale. Ce rapport est donc essentiellement passif : il y a contact, c'est tout ce qu'il est permis de dire.

Le rapport de détention, au contraire, est un rapport actif. Il suppose l'existence d'un acte. Et qui dit acte, action, dit d'abord fait naturel qui est en même temps fait de volonté. Autrement dit, l'action comporte deux éléments, l'un extrinsèque à savoir une manifestation objective, une réalité appartenant au monde physique, en notre matière le contact entre l'homme et la chose; l'autre intrinsèque, qui est une entité psychique, une intention, une affirmation de volonté, un « animus » pour parler comme les auteurs classiques. Donc la détention suppose bien un état de fait, non un état de fait accidentel, mais *un état de fait voulu, intentionnel*.

La volonté s'incorpore à l'état de fait pour le motif suivant : elle y trouve *un intérêt* (24). « Qu'il s'agisse de chose ou de personnes, nous dit Ihering, nous n'entrons point en relations avec celles qui n'offrent pas d'intérêt pour nous; nouer une relation avec elles contient donc en fait l'expression de l'intérêt qu'elles nous présentent. Le rapport extérieur dans lequel nous entrons avec elles en les prenant à nous, contient en fait l'expression de l'intérêt que nous prenons à elles; le rapport provisoire est la constatation de l'intérêt qu'a une personne dans une chose ». Cette condition de l'intérêt pour que le rapport de détention

(24) Ihering : Volonté dans la possession, p. 19.

soit constitué, revêt une importance particulière que nous aurons plus à tard à mettre en lumière.

Il résulte, des précisions ainsi apportées, que les actes de transformation, d'usage ou de jouissance effectués sur une chose ne peuvent constituer le corpus de la détention qu'à condition d'être conscients.

SECTION II

ACQUISITION DE L'ÉLÉMENT CORPOREL DE LA DÉTENTION

Les conditions d'acquisition du corpus possessoire ont donné lieu à des études considérables et à des multiples théories. Ces études et ces théories trouvent d'une façon générale application au corpus de la détention. Notre intention n'est cependant pas de les reprendre dans toute leur ampleur. Tous les problèmes, en effet, qui ont été soulevés en la matière, relèvent du domaine de la théorie pure. En pratique, ils ne se présentent que très rarement. C'est pourquoi, il ne nous paraît pas intéressant de nous appesantir sur eux. Nous voulons simplement les rappeler pour montrer que la conception traditionnelle doit être conservée.

§ 1^{er}. — CONCEPTION TRADITIONNELLE EN DROIT FRANÇAIS

Le Code civil, de même qu'il avait omis de donner une définition du corpus possessoire, ne s'est

pas occupé de son mode d'acquisition. Pour résoudre le problème, les auteurs ont consulté les conceptions traditionnelles.

Dans l'ancienne France, à la suite de l'opinion émise par les glossateurs, il était exigé, pour acquérir le corpus, une appréhension corporelle de la chose. Ce principe était sans exception lorsqu'il s'agissait d'une possession originaire, c'est-à-dire d'une possession portant sur une chose sans maître ou déjà appropriée, mais alors usurpée. (Cette hypothèse de possession originaire ne nous intéresse pas, car elle ne peut se présenter avec la détention : le détenteur, nous montrerons plus tard pourquoi, n'est jamais un usurpateur; il obtient toujours la chose régulièrement des mains du possesseur). Au contraire, le principe était soumis à de nombreuses exceptions lorsque la chose faisait l'objet d'un transfert de la part de son possesseur, soit à un autre possesseur soit à un détenteur. L'appréhension corporelle n'était plus exigée lorsque les faits montraient d'une manière suffisante que la possibilité de jouir et d'user de la chose était acquise. C'est ainsi que Pothier (25) après avoir posé la règle de l'appréhension corporelle ajoutait : « Le principe qu'il faut une appréhension corporelle de la chose pour acquérir la possession souffre exception dans le cas de plusieurs espèces de traditions par lesquelles celui à qui elles sont faites est censé acquérir la possession de la chose dont on entend lui faire tradition avant qu'il soit intervenu aucune préhension corporelle de cette chose ». Ces « espèces de traditions » dont parle Pothier concernent les cas où la tra-

(25) Pothier : Possession, n° 41.

dition symbolique était admise à la place de la tradition réelle, où on remettait à la personne à qui on entendait faire tradition d'une chose, « non la chose même, mais quelque chose qui la représente et qui met en son pouvoir la chose dont on entend lui faire la tradition » (26). Telle est la remise des clefs d'une maison, ou, pour des effets mobiliers, la remise des clefs d'un bâtiment où ils sont enfermés.

Sous l'empire du Code civil, on admet aussi bien la validité des traditions symboliques que des traditions réelles. Il peut toutefois paraître étonnant au premier abord que nous l'admettions pour le corpus de la détention. La raison en est pourtant bien simple. Nous avons constaté plus haut que l'élément de fait de la détention impliquait toujours à l'encontre de celui de la possession, mainmise matérielle sur la chose. Cette affirmation n'empêche pas de concevoir l'acquisition de cet élément par un procédé symbolique. Le locataire d'un immeuble tout comme l'acquéreur, est censé entrer en possession dès lors que le possesseur précédent lui a remis les clefs. L'on peut dire que sa détention commence à ce moment. Mais tandis que l'acquéreur pourra ne pas occuper les lieux, se contenter de posséder par l'intermédiaire d'autrui, le locataire, au contraire, entrera immédiatement après en détention physique. Autrement dit, les procédés de tradition symbolique n'ont de valeur, en ce qui concerne la détention, que pendant un trait de temps, en ce qu'ils en permettent une acquisition plus facile.

Cette réserve nous conduit, d'autre part, à rejeter l'extension qui est ordinairement faite pour

(26) Pothier : Du droit de domaine de propriété, n° 199.

l'élément corporel de la possession et qui concerne les cas où il y a eu seulement survenance des faits qui constituent la délivrance sans tradition même symbolique. On admet généralement en doctrine qu'au cas d'aliénation d'un objet, l'acquisition de la possession peut résulter suffisamment de ce que l'aliénateur s'en déclare dessaisi au profit de l'acquéreur; celui-ci possède alors personnellement et sans intermédiaire. Il possède ainsi sans avoir la mainmise sur la chose dès lorsqu'il a la possibilité, laissée par l'ancien possesseur, de l'obtenir à chaque instant (27).

L'acquisition de l'élément corporel n'est évidemment pas concevable de cette manière. Il existe ici une situation analogue à celle qui se présentait avec les cas de possession symbolique. De même que l'élément corporel de la possession peut être rivé à un titre ou à une formalité, l'acquisition de cet élément peut résulter uniquement d'une possibilité d'ordre juridique et intellectuel. Au contraire, *pour la détention, il faut toujours une mainmise sur la chose, au moins subséquente*. D'ailleurs, dans le cas d'acquisition d'une chose, sans qu'il y ait transfert, il est manifeste que si l'acquéreur en devient possesseur, le vendeur n'en reste pas moins détenteur.

§ 2. — LES AUTRES CONCEPTIONS. LEUR REJET

A. — *Exposé* : Les règles que nous venons d'analyser et qui nous semblent traduire les idées do-

(27) Baudry-Lacantinerie et Tissier : Prescription, n° 222; Aubry et Rau, 5^e éd., II, p. 111, § 179.

minantes de la doctrine française ne sont pas cependant admises unanimement. Savigny et Ihering, en Allemagne; Saleilles, en France, ont émis des conceptions différentes. Nous ne les exposerons que succinctement.

Savigny a une opinion qui se rapproche beaucoup de l'opinion traditionnelle, mais qui est plus étroite. Certes, il n'exige pas une prise de possession matérielle pour acquérir le corpus; il suffit d'un fait impliquant domination de celui qui l'accomplit. L'élément matériel ne nécessite donc plus, pour sa réalisation, une prise de possession matérielle déjà réalisée, mais seulement une prise de possession prête à se réaliser. Jusqu'à maintenant, il y a identité entre la conception traditionnelle et celle de Savigny (28). Mais celui-ci exige en plus une *possibilité de domination absolument immédiate*, qui suppose par suite la réalisation de la condition de présence près de l'objet. A cette exigence, il n'apporte qu'une exception en matière de « custodia », c'est-à-dire au cas où un objet est déposé dans une maison, sans que le propriétaire le sache. Il considère qu'il y a cependant acquisition du corpus parce que la sécurité matérielle procurée par la maison grâce à ceux qui la gardent, permet de supposer que la chose est tombée sous le pouvoir du propriétaire : la maison devient ainsi un instrument d'appréhension à raison de la custodia qui couvre tout ce qui s'y trouve déposé.

Dans une autre opinion qui est celle d'Ihering (29) et que nous avons déjà rencontrée, le

(28) Savigny : Traité de la possession, § 14 et s.

(29) Ihering : Fondement des interdits possessoires, p. 143 et s.

corpus possessorio est acquis dès que sont accomplis les actes par lesquels se manifeste le droit de propriété (ou tout autre droit réel). Cette acquisition est donc absolument indépendante de la détention physique de la chose et se manifeste par la naissance d'un rapport d'appropriation juridique, pour reprendre les termes de Saleilles, entre le possesseur et la chose.

Saleilles lui-même, a émis une autre opinion selon laquelle on acquiert le corpus quand le rapport d'appropriation qui apparaît entre le possesseur et la chose est non pas d'ordre juridique mais d'ordre économique.

B. — *Critique* : Toutes ces théories doivent être rejetées. Elles ne reçoivent d'abord qu'une application imparfaite au corpus de la détention puisqu'elles ont avant tout pour objet de reconnaître l'acquisition de l'élément de fait de la possession dans des hypothèses où il n'y a pas encore eu obtention de la mainmise matérielle sur la chose. Et même en ce qui concerne le corpus possessorio, elles ne méritent pas d'être retenues car elles sont soit plus étroites, soit moins claires que la conception traditionnelle.

La théorie de Savigny, exigeant la présence près de l'objet, se montre plus sévère. La simple possibilité matérielle d'user matériellement de la chose doit suffire à constituer le corpus, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une possession dérivée. Cette dernière idée, d'autre part, est plus simple et plus rationnelle que les idées émises par Ihering et par Savigny. D'ailleurs, les faits qui impliquent cette impossibilité matérielle sont bien en général identiques à ceux qui révèlent le rapport d'appropriation qu'il soit juridique, c'est-à-dire orienté

vers le droit de propriété, ou économique, c'est-à-dire orienté vers la maîtrise de la chose.

La reconnaissance de positions théoriques nouvelles ne peut présenter d'intérêt qu'à condition d'avoir une répercussion directe sur la pratique. Or, il semble qu'en notre matière, nous l'avons déjà remarqué au début, il n'en soit rien (30). Pour toutes ces raisons, il nous paraît préférable de maintenir l'opinion que nous avons soutenue et qui est inspirée des idées traditionnelles.

(30) Il est très rare que les juges aient à se prononcer sur les conditions d'acquisitions du corpus. Ils se bornent à rechercher s'il y a eu, de la part de celui qui se prétend en possession ou en détention, des actes de transformation, d'usage ou de jouissance.

CHAPITRE II

L'élément volontaire du rapport de détention

*(Critérium de distinction de la possession
et de la détention)*

L'étude de l'élément corporel de la détention nous a mis en présence de nombreuses similitudes entre possession et détention. L'étude de l'élément volontaire va, au contraire, opposer ces notions. Dans notre Droit, la possession requiert, comme on le sait, l'existence d'une condition de volonté distincte de celle que nécessite le corpus, distincte donc de celui-ci : nous aurons à voir, d'ailleurs, en quoi elle consiste. Pour la détention, le problème se pose alors de la manière suivante : y a-t-il un élément volontaire distinct? Si oui, est-il le même que celui de la possession ou est-il différent?

De nombreuses théories se sont fait jour en la matière. On les groupe ordinairement sous les deux vocables de théories subjectives et objectives; les unes différencient possession et détention, les autres les rapprochent, certaines niant même que

la possession requière, pour sa constitution, un élément distinct du corpus. La théorie classique ressort, évidemment, de la conception subjective, et c'est par son exposé que nous allons débiter. Nous étudierons ensuite les théories objectives pour savoir ce qui peut en être retenu en Droit français.

SECTION PREMIÈRE. — LA CONCEPTION CLASSIQUE EN DROIT FRANÇAIS

§ 1. — *Définition de l'élément volontaire*

Pour se faire une idée exacte de l'élément intentionnel de la détention, tel que le conçoivent les auteurs classiques, il est indispensable de rappeler leur conception de l'élément intentionnel de la possession. Ces auteurs, en effet, ne se sont pas occupés directement de notre matière, et c'est seulement par comparaison qu'il est possible de donner une définition de l'élément volontaire de la détention.

I. — Traditionnellement, nous l'avons déclaré au début, la possession se compose de deux éléments distincts, le corpus ou élément de fait que nous connaissons déjà, et l'animus ou élément intentionnel ou psychologique. Cet animus est l'intention d'accomplir les actes de jouissance, d'usage, etc..., constitutifs du corpus, pour son propre compte. Comme ces actes traduisent l'exercice d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, l'animus du possesseur est l'intention d'agir en propriétaire ou en titulaire d'un droit réel démembré de la propriété. Pour

employer des expressions latines mais qui ne sont pas romaines, le possesseur a l' « *animus domini* » ou l' « *animus rem sibi habendi* ». Il importe peu au surplus, que cette croyance à l'existence d'un droit réel à son profit, soit vraie ou fausse : la possession est un état de fait juridiquement reconnu, que l'état de droit, auquel il correspond, soit ou non existant.

Ces deux éléments sont nécessaires à la constitution de la possession juridique. Que l'un d'entre eux disparaisse ou ne puisse apparaître et il n'y a plus possession. Toutefois, il existe des tempéraments à cette règle. En premier lieu, on peut acquérir et conserver la possession par l'intermédiaire d'autrui, tout au moins en ce qui concerne le *corpus* : il n'est jamais nécessaire que les actes de jouissance, de transformation, etc..., soient accomplis par le possesseur en personne. Il a toujours été admis, et cela dès l'époque romaine, qu'on puisse prendre possession d'une chose « *corpore alieno* », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un représentant quelconque. De même, on conserve la possession de la maison ou de la terre qu'on a donnée à bail. En deuxième lieu enfin, celui qui, après avoir eu la possession d'un fonds, cesse d'accomplir les actes constitutifs du *corpus*, n'en reste pas moins possesseur par le seul fait qu'il conserve l'intention de posséder. On dit, dans ce cas, que la possession se conserve « *solo animo* ». Toutefois, cette règle est seulement valable pour les biens-fonds et à deux conditions : il faut que la possession ne devienne pas discontinue, et il faut aussi que la chose reste matériellement à la disposition du possesseur.

Cette exigence de deux éléments distincts est présentée comme le résultat d'une saine interpré-

tation de l'article 2228 du Code civil qui définit la possession de la façon suivante : « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». On a fait observer, il est vrai, et nous aurons l'occasion de revenir en détail sur la question, que cet article 2228 ne fait pas mention de l'*animus*. Mais pour la grande majorité des auteurs, s'il ne le vise pas expressément, il en implique l'exigence. En effet, il reconnaît la qualité de possesseur à celui qui détient une chose par lui-même, ou par un autre qui la tient au nom du possesseur ; cela signifie que, pour être possesseur, il n'est pas suffisant d'avoir le *corpus*, mais qu'il faut, en plus, autre chose et cette autre chose ne peut être que l'*animus* ; *animus* qui est l'*animus domini*, parce que le Code civil dans les articles 2229 et suivants oppose le possesseur « à titre de propriétaire » ou « pour soi et à titre de propriétaire » et le possesseur « pour un autre ou pour autrui ».

II. — Ceci posé, il nous est beaucoup plus facile de nous faire une idée exacte de l'élément psychologique de la détention dans la théorie classique. Remarquons tout d'abord que pour la réalisation de l'élément corporel de la détention, il faut un apport volontaire, sans quoi il n'y aurait que juxtaposition locale. Mais de même que pour la possession, il faut un nouvel élément intentionnel distinct du *corpus* pour la constituer, il faut aussi, pour la détention, découvrir l'existence d'un nouvel élément intentionnel distinct qui vienne vivifier, en quelque sorte, le *corpus*.

« L'individu conscient qui a une chose en son

pouvoir, fait très justement remarquer Beudant (31), a nécessairement l'intention d'exercer sur elle un droit ». On ne conçoit pas, en effet, qu'une personne ayant fait l'acte nécessaire pour s'emparer d'une chose, ne veuille exercer sur elle aucun droit. Le détenteur, par conséquent, a nécessairement un animus distinct du corpus, tout comme le possesseur. Mais quel est-il? Lui est-il semblable ou lui est-il différent?

La théorie classique prend alors nettement position. L'animus du détenteur est à l'opposé de l'animus du possesseur. Alors que ce dernier a l'intention d'agir pour son propre compte, à l'instar du titulaire d'un droit réel, *le premier a l'intention d'agir pour le compte d'autrui, à l'instar du titulaire d'un droit personnel*. Reprenons les deux termes de cette définition en partant du second. Le détenteur a l'intention de se comporter comme le titulaire d'un droit personnel. Cela signifie qu'il n'obtient la chose que dans un seul but : exercer grâce à elle un droit, mais ce droit ne porte pas directement sur elle; il porte sur une autre personne et la chose n'est au fond que le moyen d'exercice du droit. Fermiers, locataires, commodataires, tous ceux qui, selon la doctrine classique, sont dans un état de détention, ont l'intention d'exercer un droit, mais ce droit porte non pas sur la chose mais sur la personne qui la leur a livrée, vis-à-vis de laquelle elles ont un droit de créance. En second lieu, le détenteur a l'intention d'agir pour le compte d'autrui. Cela signifie que, tous les actes qu'il accomplit sur la chose, actes

(31) Beudant et Voirin, IX, n° 660; Cf. Japiot, note au S., 1928-2-169.

de jouissance, d'usage et de transformation, et qui pourraient faire croire à l'exercice d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, il n'entend pas les accomplir pour lui; il reconnaît, au contraire, le droit d'autrui et entend reporter à celui de qui il tient la chose le bénéfice de ces actes.

III. — Dans la conception française, la reconnaissance du droit d'autrui s'opère une fois pour toutes, dans le titre juridique d'entrée en possession. L'intention à prendre en considération pour savoir s'il y a possession ou détention n'est pas celle du sujet à un moment donné, mais celle qu'il a manifestée au début. Si le titre juridique grâce auquel il a obtenu la chose permet le transfert de la propriété, il devient possesseur; si, au contraire, le droit de propriété est réservé, il ne devient que détenteur comme on l'a justement fait remarquer, *la théorie française est une théorie de la « causa possessionis »*. On entend par « *causa possessionis* » le titre d'entrée en possession et l'on veut dire qu'on est en présence d'une théorie qui lie l'existence de l'élément volontaire de la possession ou de la détention à l'appréciation juridique du titre initial.

Cette théorie n'est donc pas tombée dans les errements de celle qu'Ihering appelle la théorie de la volonté individuelle et concrète (32); dans cette dernière conception, l'*animus* à prendre en considération est celui de l'individu à un moment donné; il en résulte, entre autres conséquences, que la possession devient le jouet de la volonté (33).

(32) V. *infra*, p. 92.

(33) Cette théorie a été cependant soutenue par des auteurs allemands, et en particulier par Randa : *Der Besitz*, 3^e éd., p. 372.

Au contraire, dans l'opinion française, la volonté réelle du sujet n'importe pas; seule importe la volonté légale qui ressort de la qualité juridique en vertu de laquelle il a obtenu la chose. C'est seulement l'examen du titre d'entrée en possession qui nous fera apparaître soit la qualité de détenteur soit la qualité de possesseur. Cet examen devra être un examen juridique, en ce sens qu'il faut rechercher, au point de vue du droit, si le titre envisagé peut ou ne peut pas transférer la propriété.

Nous insistons particulièrement sur ce point pour montrer qu'en réalité l'importance donnée par les auteurs français à l'élément psychologique se trouve ainsi reportée, et que la distinction de la possession et de la détention ne dépend pas vraiment de lui, mais plutôt du fait que le titre d'entrée en possession permet ou non de transférer la propriété.

Cette importance secondaire de la volonté du sujet se retrouve au surplus, à maints égards. C'est ainsi que le possesseur est lié par son titre pendant toute sa durée et qu'une manifestation de volonté de sa part ne peut rien changer à l'état qu'il a engendré. C'est l'application pure et simple du vieil adage « *nemo sibi causam suæ possessionis mutari potest* » que l'article 2240 du Code civil a reproduit. Le simple détenteur peut manifester tant qu'il voudra sa volonté de se considérer comme un propriétaire, rien ne se modifiera. A sa mort même, rien ne change; l'article 2237 nous dit en effet : « Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres (précaires) désignés par l'article précédent, ne peuvent non plus pres-

crire ». C'est donc que la détention passe de générations en générations (34) sans que la volonté du détenteur ne puisse rien changer.

Si, au contraire, un changement vient à s'opérer dans le titre en vertu duquel on détient, selon certains caractères exigés par le Droit, il aura pour effet de modifier la qualité du sujet qui, de détenteur pourra devenir possesseur. C'est ainsi que l'article 2238 du Code civil déclare : « Néanmoins les personnes énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve inverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire ». Le premier cas se présente lorsque le détenteur achète la chose d'un tiers qu'il croit être le véritable propriétaire, ou lorsqu'une autre cause d'acquisition se réalise à son profit dans les mêmes conditions, échange, donation, légs, etc... « Il possède désormais, en vertu d'un titre que lui aurait transféré la propriété, s'il émanait du propriétaire de la chose. Le titre de sa possession est donc interverti; au lieu d'un titre précaire, il a un titre de propriétaire » (35). Le deuxième cas vise le fait pour le détenteur d'émettre une prétention à la propriété par des actes matériels ou juridiques qui n'ont pas été ignorés du propriétaire; il faut que celui-ci les ait connus ou ait été à même de les connaître (36). On

(34) C'est un caractère de la détention, sa perpétuité. V. Selosse : *Essai sur la possession précaire*. Thèse, Douai, 1874, page 97.

(35) Planiol : *Traité élémentaire* par Ripert, I, n° 2.320, 12° éd.

(36) Pau, 9 mai 1892. D. 1893-2-255.

peut dire, il est vrai, que désormais le détenteur devient possesseur sans titre, mais être possesseur sans titre revient au même que d'avoir un titre permettant le transfert de la propriété.

En définitive, nous pouvons constater l'importance dans la conception française de l'appréciation juridique du titre d'entrée en possession. C'est à lui qu'il faut se référer pour connaître les « *causæ detentionis* » par rapport aux « *causæ possessionis* ».

§ 2. — *Les cas de détention en Droit français*

Nous voulons maintenant procéder à une recherche des titres initiaux qui impliquent l'intention de se comporter comme un détenteur. L'étude de ces « *causæ detentionis* » nous permettra de déterminer les divers détenteurs en Droit français. En principe les « *causæ detentionis* » sont distinctes des « *causæ possessionis* ». Mais nous verrons qu'il existe des titres d'entrée en possession ayant pour effet de faire apparaître dans une même personne la double qualité de possesseur et de détenteur.

A. — LES CAS DE DÉTENTION PROPREMENT DITS

La recherche des cas de détention trouve sa base légale dans l'article 2236 § 2 qui déclare : « Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire. » Cette énumé-

ration est simplement énonciative. Au reste, les auteurs ont classé les détenteurs d'après la nature du titre initial; Aubry et Rau (37) distinguent ainsi les cas de détention fondés sur une convention obligeant à restituer à l'expiration d'un terme fixé à l'avance, et les cas fondés sur une qualité obligeant à restituer à la cessation de la qualité.

a) *Cas de détention fondés sur une convention*

Les contrats donnant lieu à remise d'une chose avec obligation de la restituer à l'expiration du délai fixé entraînent acquisition, pour celui à qui on a remis la chose, de la situation de détenteur. Tels sont les contrats de louage, de transport, de prêt, de dépôt, de mandat et même, dans un cas particulier, de vente.

Le *contrat de louage* fait apparaître la condition-type des détenteurs, avec les locataires, fermiers et métayers. Sans doute, certains auteurs ont voulu voir un droit réel dans le droit du preneur, mais cette opinion nous le verrons bientôt, ne peut être maintenue. Au contraire, les locataires, fermiers, métayers n'ont, d'après leur contrat, que l'intention de jouir de la chose. Ce droit de jouissance est un droit personnel, qui ne peut en rien fonder un droit de possession; il est uniquement fondé sur une obligation de faire à la charge du bailleur; c'est une véritable créance. Pareillement, dans le louage de travail, au cas où le maître confie à l'ouvrier la matière du travail, celui-ci n'est qu'un détenteur; de même enfin, les

(37) Aubry et Rau, 6^e éd. II, p. 125, Sic Baudry, Lacan-
tinerie et Tissier : Prescription, n^o 303, par Martin.

serviteurs faisant le service de la maison, n'ont que la détention des ustensiles qui leur sont confiés.

Le *contrat de transport* fait naître une situation identique. Le voiturier n'a que la détention des marchandises qu'il transporte par terre ou par eau. Sans doute, on a voulu expliquer le privilège établi par l'article 2012-6° au profit du voiturier sur les marchandises transportées par l'idée de gage tacite, ce qui aurait pour effet de faire rentrer le voiturier dans la catégorie des créanciers gagistes, ceux-ci étant, nous le verrons plus loin, à la fois détenteurs et possesseurs. Mais cette opinion n'a pas été retenue et on explique tout simplement le privilège précédent par l'idée de rétention : le voiturier a le droit de ne pas se dessaisir de la chose transportée avant d'être payé. Or le réteneur est un détenteur.

Il en est de même du *commodataire*. Cela n'a rien d'étonnant, car la distinction du prêt et du louage réside uniquement dans le fait que l'emprunteur, à la différence du locataire, n'a pas à payer de prix en contre-partie de la cession de la chose. Mais cette cession présente intrinséquement les mêmes caractères. Du prêt à usage en général, il faut rapprocher une variété qui s'est conservée malgré l'oubli du code, dans nos campagnes; nous voulons parler du précaire, tel qu'il nous vient du Droit romain, sous la forme d'une concession arbitrairement révocable. Sans doute, selon Pont (38), en l'absence de règles légales, le précaire devrait être soumis aux mêmes principes

(38) Pont : *Traité des petits contrats*, Paris, 1863-1867; I, n° 53.

qu'en Droit romain. Cependant il est impossible de ne pas ranger le précariste dans la classe des simples détenteurs, tandis qu'à Rome on le considérait comme un possesseur « *ad interdicta* ». Il est bien plus logique, de nos jours, de considérer le précaire comme une simple variété du prêt à usage, comme un *commodat* modifié quant à la durée, ce qu'au reste Pont reconnaît par une sorte de contradiction.

Les *dépositaires* et les *séquestres* sont encore des détenteurs. A Rome, les parties s'accordaient parfois pour transférer la possession civile de l'objet déposé au séquestre; le but de cette convention était d'enlever à l'adversaire le moyen d'usucaper « *inter moras litis* » et de faire qu'il ne puisse obtenir la reprise effective de la chose revendiquée, au lieu d'une condamnation pécuniaire. Cet intérêt n'existe plus aujourd'hui où nos jugements sont déclaratifs et s'exécutent en nature. Par suite le séquestre, comme le dépôt normal, n'entraîne jamais que le transfert de la détention de la chose. Toutefois il en est différemment au cas de dépôt irrégulier, où le dépositaire acquiert la propriété des choses qu'on lui remet.

A cet égard une controverse a été soulevée à propos de la caisse des dépôts et consignations. Il a été jugé (39) en effet, et Laurent (40) a approuvé cette jurisprudence, que cette caisse n'avait que la détention des sommes qui lui étaient versées et qu'elle ne pouvait prescrire contre son titre et changer le caractère de sa possession. Cette opi-

(39) Rouen, 10 août, S. 1872-2-73.

(40) Laurent : Principes du Droit civil français, XXXII, n° 300.

nion ne peut être maintenue. Comme le fait justement remarquer Baudry-Lacantinerie (41) « l'article 2236 n'a rien à faire ici. Il ne s'agit pas de possession. Il y a un dépôt irrégulier; la caisse des consignations est propriétaire des fonds qu'elle touche, elle en dispose; elle doit rendre, non les mêmes espèces, mais une valeur pareille; elle ne détient donc pas la chose du propriétaire; elle détient sa propre chose ». Cette dernière opinion a d'ailleurs prévalu en doctrine.

Le *contrat de mandat* fait maître pour le mandataire la qualité de détenteur. Il accomplit, en effet, des actes juridiques pour le compte d'autrui; si ces actes ont pour but le transfert de biens au mandataire, ils ne pourront lui en faire acquérir que la détention. Pareillement es gérants d'affaires ne sont que les détenteurs de choses confiés par le maître.

Dans le contrat de vente, un cas controversé de détention se présente quand le vendeur n'exécute pas son obligation de délivrance et garde la chose (42). Dans deux hypothèses cependant la solution n'est pas douteuse d'abord si la vente a été faite sous condition suspensive, le vendeur conserve certainement l'« *animus domini* »; si au contraire, il y a une clause de constitut, le vendeur est indubitablement considéré comme détenteur. Hors ces hypothèses spéciales, les auteurs ne sont pas d'accord. Pour Huc et Laurent (43), le vendeur, débi-

(41) Baudry, Lacantinerie et Tissier : Prescription, n° 310.

(42) Il en est de même pour les échangistes et les donateurs qui n'ont pas fait délivrance.

(43) Huc : Commentaire du Code civil, XIV, n° 372; Laurent, XXXII, n° 314.

teur de la livraison et qui, néanmoins, garde la chose, conserve une possession utile pour la prescription. Il ne détient pas en vertu d'un titre l'obligeant à restituer, et il n'y a pas de plein droit constitut possessoire. La détention, en effet, est toujours fondée sur un titre emportant obligation de restituer. Or ce titre ne peut être le contrat de vente; au contraire, loin d'être la base d'une prétendue détention, il la combat à chaque instant puisqu'il implique obligation de délivrance et que la possession continue malgré elle. « Possesseur pour son compte avant la vente, le vendeur entend conserver la même qualité après le contrat, il ne change donc pas la cause de sa possession. Le contrat a-t-il opéré interversion? Nullement, car l'interversion est incompatible avec l'inexécution de l'obligation de délivrance. En effet, si le vendeur était désormais constitué possesseur au nom et pour le compte de l'acheteur, cela supposerait nécessairement une délégation réelle ou fictive de la possession de celui-ci; or, pour déléguer la possession, on doit soi-même posséder; il faudrait donc supposer que l'acheteur eût été mis en possession, c'est-à-dire qu'il y eût eu délivrance, fictive si vous voulez, mais suffisante. Or, dans l'espèce, il s'agit d'un vendeur qui n'a pas encore rempli son obligation de livrer, la vente n'opère donc pas interversion » (43).

Suivant d'autres auteurs (44), le vendeur qui est dans l'obligation de livrer la chose et qui la retient, la détient précairement; sa situation su-

(43) Huc, loc. cit.

(44) Duranton : Cours de Droit français, 3^e éd. XXI, n° 343 bis; Guillouard : Traité de la prescription I, n° 470.

ridique implique obligation de délivrer et par conséquent détention précaire.

Pour Baudry-Lacantinerie et Selosse enfin (45), il faut distinguer suivant qu'un terme a été ou non accordé pour la délivrance. Si le contrat n'accorde expressément ou tacitement, aucun terme, le vendeur continue à demeurer possesseur « cum amino domini. ». Si, au contraire, un terme est consenti, il devient détenteur, car il détient alors la chose dans les limites de son contrat : sa détention est fondée sur un titre et s'exerce au profit de l'acheteur dont il reconnaît la possession juridique puisqu'il l'a rendu propriétaire par le contrat. Cette solution est incontestable, si dans ce contrat, il a été prévu en quelle qualité, dépositaire, fermier, locataire, le vendeur gardera la chose, ou si, la vente ayant été faite au comptant et le prix n'étant pas encore payé, le vendeur garde la chose par droit de rétention. Elle doit même, selon Baudry, être appliquée lorsque le contrat n'indique pas le titre auquel le vendeur est autorisé à conserver la chose : « Il a nécessairement été sous-entendu qu'il détiendrait précairement, puisque, par le titre même qui l'autorise à détenir, le vendeur reconnaît le droit de propriété de l'acheteur ».

La solution de Baudry-Lacantinerie doit être préférée. La détention, en effet, n'est concevable, surtout dans la doctrine classique, que si elle est fondée sur un titre emportant obligation de restituer au bout d'un certain laps de temps. Ce titre, manifestement, ne peut être le contrat de vente

(45) Baudry-Lacantinerie et Tissier : Prescription n° 306 ; Selosse, Essai sur la possession précaire, Thèse Douai, 1874, p. 95.

qui oblige le vendeur à se dessaisir immédiatement de la chose. Mais ce peut être le terme en vertu duquel il est autorisé, pour un certain temps, à la conserver; le terme implique en effet que la chose peut rester entre les mains du vendeur mais, à charge pour lui, de la restituer à son expiration. On a fait remarquer qu'avec cette solution, le vendeur qui gardait la chose sans droit était plus favorisé que celui qui la conservait en vertu d'un titre. C'est là une conséquence que nous pouvons qualifier de normale dans la conception classique de la possession : « *Melior est habere non titulum quam titulum vitiosum* »; la protection juridique est plus facilement accordée au voleur ou à l'usurpateur qu'au locataire ou au dépositaire.

b) *Cas de détention fondés sur une qualité ..*

La « *causa detentionis* » est ici une qualité qui oblige à restituer à sa cessation, les choses dont on avait la mainmise grâce à elle. Cette qualité est généralement la qualité de représentant, mais elle est aussi la qualité de rétenteur, de cohéritier.

1) *La qualité de représentant*

Les cas de détention fondés sur cette qualité apparaissent chaque fois qu'une personne se voit confier la jouissance et l'administration des biens d'autrui par la loi ou un jugement.

Dans le cas de représentation légale, on peut distinguer selon que les biens administrés appartiennent à une personne physique ou à une personne morale. S'ils appartiennent à une personne physique, il s'agit en Droit civil, de l'administra-

tion des biens du pupille ou de la femme, en Droit maritime, de l'administration des biens de l'armateur par le capitaine de navire.

Il n'y a pas de difficultés en ce qui concerne *l'administration des biens du pupille par le tuteur*; celui-ci est, à n'en pas douter, simple détenteur des biens qui lui sont confiés. En ce qui concerne *l'administration des biens de la femme par le mari*, des solutions différentes doivent être prises selon les régimes. Sous le régime de communauté, on admet généralement que le mari possède en maître les biens communs et qu'au contraire, il n'a que la détention des biens propres de la femme; nous pensons, en réalité, que le mari n'a pas plus la possession juridique des biens communs que des biens propres de la femme, car la communauté doit être considérée comme une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée (46) et, par suite, le mari est aussi bien un représentant pour l'administration des biens communs que pour celle des biens propres de la femme. Sous le régime exclusif de communauté, le mari joue à l'égard des biens de la femme le rôle de l'usufruitier, abstraction faite toutefois des meubles estimés dont il devient propriétaire (article 1532); il rentre donc sous ce régime, dans la catégorie des détenteurs qui sont aussi possesseurs. Sous le régime dotal, il n'y a pas de difficultés pour les paraphernaux lorsque le mari en jouit, soit en vertu d'un mandat exprès, soit en vertu d'un mandat tacite résultant du défaut d'opposition de la femme; il est détenteur comme tout mandataire. Mais faut-il don-

(46) Carbonnier : Le régime matrimonial, thèse Bordeaux, 1932, pp. 336 et s.

ner la même solution pour les biens dotaux, mis à part l'immeuble estimé avec déclaration expresse que l'estimation vaut vente, les meubles fongibles ou estimés sans clause restrictive, dont le mari devient certainement propriétaire? Sans doute, car la femme reste propriétaire de la dot; mais le mari possède pour son propre compte en ce qui concerne la jouissance de ces biens : il est donc encore à la fois détenteur et possesseur.

En droit maritime, le *capitaine de navire* est un détenteur. L'article 430 du Code de commerce dit à cet égard : « Le capitaine de navire ne peut acquérir la propriété du navire par voie de prescription ». Il est, d'ailleurs, considéré ordinairement comme un mandataire de l'armateur. Ce n'est pas toujours vrai. Certes, la plupart du temps, il existe un contrat à la base des relations entre capitaine et armateur. Mais il arrive qu'en cours de route, le consul ait à nommer un remplaçant au capitaine devenu incapable de naviguer. Et ce nouveau capitaine sera, vis-à-vis de l'armateur, dans la même situation que l'ancien. Par conséquent, le capitaine de navire est plutôt un représentant qu'un simple mandataire (47).

A côté des cas de détention existant pour l'administration des biens d'une personne physique, il en existe d'autres se présentant pour l'administration des biens d'une personne morale. C'est ainsi que le *maire*, administrateur légal de la commune, est détenteur vis-à-vis des biens de celle-ci. Tous les actes qu'il accomplit sont entachés du vice de précarité; ils sont en effet présumés avoir été faits pour le compte et au nom de

(47) Bonnecase : Droit maritime, n° 420 et s.

la commune, puisque le maire est chargé de la représenter et de prendre soin de ses intérêts. La Cour de Cassation ajoute même que le maire de la commune qui a fait des actes de jouissance sur le bien communal, ne peut pas plus tard s'en prévaloir, car ces actes ont au moins un caractère équivoque. « Il importe peu, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 3 août 1857 (48), qu'à l'origine la possession ait pu être de bonne foi, ou même que cette possession ait commencé avant la nomination du sieur Lasserre aux fonctions de maire; dans tous ces cas, la question dépend non de la bonne foi, mais de la nature de la possession; cette possession est devenue précaire et équivoque à partir de la nomination, et la prescription a cessé de courir du moment où la conservation des droits de la commune propriétaire a été confiée à Lasserre, qui, réunissant alors des droits contraires, ne pouvait plus agir ni pour lui contre la commune, ni pour la commune contre lui-même ». Cette règle posée pour la Cour Suprême peut être avantageusement étendue à tous ceux qui avaient la détention des biens avant leur entrée en fonctions.

L'administration des biens d'autrui peut aussi être confiée par jugement. C'est d'abord le cas de *l'envoyé en possession provisoire* des biens d'un absent. Il en a simplement la détention; l'article 125 du Code civil dit en effet : « la possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles ». L'envoyé est donc considéré à la fois

(48) D. 1859, I, 211.

comme un dépositaire et comme un administrateur. Cette qualité n'a pas pour effet de permettre à celui qui se prétend, à l'exclusion de l'envoyé ou conjointement avec lui, héritier présomptif de l'absent, au jour des dernières nouvelles, d'exercer son action même après trente ans depuis l'envoi provisoire. Il n'est pas ici question de propriété, par conséquent d'action en revendication. Ce sont simplement deux détenteurs qui s'affrontent. Or, l'action du demandeur est née le jour même de l'envoi et il est de principe que toute action ne dure que trente ans depuis le moment où elle s'est ouverte. « Par contre, si l'on acquiert la preuve que l'absent est décédé pendant l'envoi provisoire, ajoute Selosse (48 bis), la pétition d'hérédité des héritiers à l'époque du décès ne se prescrit qu'à compter du jour de l'envoi en possession définitif. Il s'agit bien alors d'une question de propriété, et, puisque les héritiers continuent la personnalité du défunt, l'envoyé conserve à cet égard, comme à l'égard de leur auteur, la qualité de détenteur précaire pendant la durée de l'envoi possessoire. Il ne peut donc prescrire contre eux ».

L'administration des biens du failli est aussi confiée à un *syndic* par un jugement. Le décret-loi du 8 août 1935 qui a modifié l'article 462 du Code de commerce a supprimé les syndics provisoires; il ne reste donc plus que les syndics définitifs et les syndics de l'union. Ces personnes remplacent le débiteur dans l'administration de son patrimoine : le syndic est le représentant du débiteur. Il représente aussi les intérêts collectifs des créanciers : il est comme le gérant de cette associa-

(48 bis) Selosse : *thèse*, p. 94.

tion qu'on appelle la masse (49). Et en tant que représentant, il n'a que la détention des biens du débiteur.

2) *Les autres qualités*

A côté de la qualité de représentant, d'autres qualités nous mettent en présence de détenteurs.

Il peut d'abord se produire que *le cohéritier* ne soit que détenteur des biens de la succession dont il a la jouissance exclusive. Sans doute, si un héritier a joui séparément de certains biens de la succession à titre de propriétaire, pour son propre compte, pendant le temps nécessaire à la prescription, les cohéritiers auront, au bout de ce délai, perdu le droit d'exercer contre lui, l'action en partage relativement à ces biens; en effet, le possesseur en a acquis par l'usucapion la propriété exclusive. Mais il en est différemment lorsque les actes de jouissance séparée sont le résultat d'un partage provisionnel. Dans ce cas, en effet, le cohéritier se présente comme un détenteur dont la détention s'exerce en vertu d'un titre obligeant à restituer; si, lors du partage définitif, les biens en question passent dans le lot d'un héritier, celui-ci ne peut se voir opposer la prescription. Si, au lieu d'un partage provisionnel, il y a un simple projet de partage passé par acte sous-seing privé entre les cohéritiers, la solution va-t-elle être la

(49) On qualifie ordinairement le syndic de mandataire salarié. Nous préférons parler de représentant, car nous n'admettons le mandat que sur la base d'un contrat, et non sur la base d'une loi ou d'un jugement (v. Bonnecase, Précis I, 307).

même ? La Chambre civile de la Cour de Cassation a répondu affirmativement le 19 juillet 1926 (50). D'après elle, le cohéritier qui a la jouissance d'un bien en vertu d'un projet de partage n'en a que la détention, car il détient en vertu d'un titre qui l'oblige à restitution au vrai propriétaire pour le cas où le partage définitif attribuerait le bien à un cohéritier.

Le rétenteur n'a que la détention du bien qu'il retient. Le débiteur, en effet, est en droit d'obtenir la restitution de son bien à l'expiration de la qualité de rétenteur, c'est-à-dire quand le débiteur s'est acquitté envers lui. Cette solution qui paraît aller d'elle-même n'a cependant été posée que récemment (51). La raison peut en être trouvée dans l'incertitude qui, pendant longtemps, a régné en doctrine et en jurisprudence sur le domaine d'application, les effets et la nature spécifique du droit de rétention. Si, en effet, ce droit de rétention est considéré comme un droit réel (52), bien qu'il n'emporte pas droit de suite, le fait d'exercer ce droit est un fait de possession et le rétenteur est possesseur du bien dont il a la mainmise. Mais cette conception du droit réel n'est pas admise par tous les auteurs. Elle trouvait son argument principal dans l'opposabilité du droit de rétention aux tiers. On a fait justement remarquer que ce caractère n'excluait pas la personnalité et que l'article 1743 du Code civil, tout en le prévoyant, n'implique pas la réalité du droit du preneur. Au reste, nous

(50) *Gaz. Pal.*, 7-8 novembre 1926.

(51) Jossierand : Cours de Droit civil, 2^e éd. I, 1470 bis.

(52) Guillouard : Traité du nantissement et du Droit de rétention, 2^e éd.

aurons plus tard à démontrer, sur la base des principes dégagés par M. Bonnetcase (53), que le droit de rétention est nullement un droit réel et que le rétenteur n'est, à aucun égard, possesseur de son droit.

B. — LES CAS DE DÉTENTION ET DE POSSESSION
PARTIELLES (54)

Jusqu'à maintenant, tous les détenteurs que nous avons examinés, accomplissaient les actes de possession sur la chose détenue avec l'intention d'en reporter le bénéfice au maître de la possession. Jamais ils n'avaient l'intention d'exercer sur cette chose, pour leur propre compte, un droit autre qu'un droit personnel. Autrement dit, le titre d'entrée en possession faisait apparaître la qualité de détenteur à l'égard de toutes les utilités que la chose pouvait procurer.

Mais l'utilité et la jouissance des choses sont susceptibles de fractionnement. Ainsi, à se placer au point de vue de l'appropriation de droit des choses, le droit de propriété permet de retirer de la chose toutes les utilités qu'elle comporte; mais ce droit est susceptible de se démembrer en ce sens que certaines utilités peuvent ne plus être retirées par son titulaire mais par un tiers auquel il a été consenti un droit réel; on dit que ce droit réel est démembré de la propriété. Il peut se faire aussi

(53) Sur la question du droit de rétention, Bonnetcase, Précis II, nos 73 et s. Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, V, pp. 571-680.

(54) Nous empruntons à Quincardet (*thèse*, p. 283) cette terminologie qui est à la fois juste et commode.

que l'intégralité du droit de propriété soit atteinte d'une autre manière. Au lieu de porter sur l'utilisation matérielle de la chose, le droit réel peut porter, par delà l'individualité organique de cette chose, sur l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique; il en est ainsi avec les droits réels de garantie, ou droits réels accessoires selon la terminologie classique. Une situation analogue se présente si, au lieu de considérer l'appropriation de droit des choses, nous en considérons l'appropriation de fait. L'exercice de fait du droit de propriété peut lui aussi être atteint dans son intégralité. Le possesseur qui, primitivement, retirait de la chose toutes les utilités qu'elle pouvait comporter, ne pourra plus en retirer qu'une partie; l'autre partie appartiendra à un tiers, à un autre possesseur. Il se produit donc une dualité de possession : d'un côté, la possession du droit de propriété, de l'autre la possession du droit réel.

Mais si en constituant le droit réel, le possesseur du droit de propriété a été obligé d'abandonner tout contact corporel avec la chose, son intention n'est pas, pour cela, de perdre le bénéfice de sa possession. Il entend au contraire se faire représenter par celui à qui a été consenti le droit réel. En conséquence, pour ce dernier, la situation est différente selon qu'on envisage l'exercice du droit de propriété ou l'exercice du droit réel. *Pour le droit réel qui lui a été consenti, il se comporte comme un possesseur et l'exerce pour son propre compte, proprio nomine; il a donc l'animus rem sibi habendi. Pour le droit de propriété, au contraire, il reporte le bénéfice des actes de possession qu'il lui sera donné d'accomplir, à celui qui lui a*

transféré la chose; il agit donc pour le compte d'autrui et à l'animus d'un détenteur. De là vient qu'on dit d'une telle personne qu'elle a une possession et une détention partielles (55).

Nous nous proposons maintenant de rechercher en vertu de quels titres d'entrée en possession apparaissent les cas de possession et de détention partielles. Nous distinguerons d'après le droit réel qui a été constitué par le titre, selon qu'il s'agit d'un droit réel principal ou d'un droit réel accessoire.

a) *Détenteurs partiels,
possesseurs d'un droit réel principal*

Tous les droits réels dont il est question sont des droits réels d'usage et de jouissance. Autrement dit, l'« usus » ou le « fructus » ou les deux à la fois, sont conférés au détenteur, mais le possesseur se réserve toujours l'« abusus ». Parmi ces droits réels, il en est dont l'existence n'a jamais été mise en doute. D'autres, au contraire, ont été controversés, soit qu'on les ait admis récemment, soit qu'on n'ait jamais voulu les reconnaître défi-

(55) Nous ne nous occupons pas pour le moment de l'hypothèse voisine qui se présente lorsque le contact corporel entre le propriétaire et la chose continue à exercer après constitution du droit réel : nous voulons parler de la possession des servitudes. Dans cette matière, la notion de détention, de précarité est tout à fait différente (il ne s'agit plus d'actes de possession faits pour le compte d'autrui) et répond, selon nous, à l'idée de relativité du vice de précarité, idée qui n'est pas classique. La question sera exposée globalement à son sujet.

nitivement, si ce n'est dans une certaine doctrine ou une certaine jurisprudence.

1) *Les hypothèses universellement admises*

L'exemple typique du détenteur-possesseur nous est donné par l'*usufruitier*. C'est d'abord un détenteur car son titre même implique reconnaissance des droits du nu-propriétaire. « Il détient matériellement l'objet, mais il n'en prétend pas la propriété; au contraire, il la reconnaît entre les mains d'autrui, car il jouit en vertu d'un titre qui implique cette reconnaissance et rend compte en même temps de la durée de la détention (56). Ainsi se justifie l'article 2236 qui range l'*usufruitier* parmi les détenteurs précaires. Mais c'est aussi un possesseur car il a personnellement la jouissance de la chose à titre de droit réel : son intention, en ce qui concerne ce droit réel, est d'en jouir pour son propre compte, « *proprio nomine* ».

La situation de l'*usager* est identique. Comment en serait-il autrement puisque usager et usufruitier ne diffèrent que par l'étendue de la jouissance qui leur a été conférée ? Mais comme cette jouissance s'exerce toujours à titre de droit réel, la différence nous importe peu. La situation de l'*habitué* est encore similaire, puisque le droit d'habitation est un droit d'usage appliqué à une maison.

Pareillement, le *superficiaire* n'a que la détention de la terre sur laquelle reposent les édifices ou plantations qui lui appartiennent. Mais il possède ces édifices ou plantations avec l'intention d'en retirer personnellement toutes les utilités.

(56) Selosse, *thèse*, p. 81.

Avec la superficie, en effet, selon les auteurs classiques, nous ne nous trouvons pas devant un droit réel démembré de la propriété, comme dans les cas précédents, mais bien devant un véritable droit de propriété immobilière; il en résulte pour son titulaire la possibilité d'exercer sur les objets du droit, toutes les facultés inhérentes au droit de propriété, à la charge de ne pas nuire au tréfonds.

2) Les hypothèses controversées

Elles se rapportent toutes à la question de la nature du droit de preneur à bail. Elles ont reçu des solutions différentes selon qu'il s'agit d'un bail emphytéotique ou d'un bail ordinaire.

I. — *Bail emphytéotique.* — La controverse relève ici de l'histoire, car la loi du 25 juin 1902, dans son article premier, est venue consacrer la réalité du droit de jouissance de l'emphytéote : « Le bail emphytéotique de biens immeubles, dit-elle expressément, confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière ».

Avant 1902, la doctrine était en désaccord, comme d'ailleurs en beaucoup d'autres points en la matière, avec la jurisprudence (57), qui reconnaissait déjà l'existence d'un droit réel au profit

(57) Cass., 17 novembre 1852. *D.*, 1852, I, 262, *S.* 1852, I, 547; 23 février 1853. *D.*, 1853, I, 53, *S.*, 1853, I, 206; 26 avril 1853, *D.*, 1853, I, 145, *S.*, 1853, I, 445; 6 mars 1861, *D.*, 1861, I, 418, *S.*, 1861, I, 713; 26 janvier 1864, *D.*, 1864, I, 83, *S.*, 1864, I, 91.

de l'emphytéote afin de pouvoir le faire bénéficier de la protection possessoire. La majorité des auteurs (58), sous l'empire du Code, estimaient que le bail emphytéotique était un bail comme les autres, simplement d'une durée plus longue; le Code, en effet, n'en parlait pas spécialement. Par conséquent, pour eux, ce bail ne donnait naissance qu'à un droit personnel de jouissance sous la forme d'une créance contre le bailleur, et non à un droit réel pouvant entraîner l'exercice de l'action possessoire. Écoutons Selosse à ce sujet (59) : « Au point de vue économique, on peut mettre en doute l'utilité actuelle de ce démembrement de la propriété. Il crée une sorte d'immobilité qui pouvait être favorable au temps où régnait la grande propriété, mais qui aujourd'hui, n'est plus en rapport avec le mouvement de circulation qui emporte la terre à une division indéfinie. Il soustrait le fonds pendant un temps considérable à l'augmentation progressive de valeur qui résulte de la concurrence entre fermiers, et, en exposant la plus-value aux chances d'un avenir incertain, il diminue d'autant le crédit actuel du propriétaire direct ». Et Selosse invoque à l'appui de sa thèse l'opinion de Jean-Baptiste Say (60).

Ces considérations économiques semblent perdre de la valeur de nos jours où l'on veut se battre à tout prix contre un morcellement exagéré de la propriété foncière. Au surplus, les discussions sont

(58) Demolombe : Cours de Code Napoléon IX, nos 489-491. Aubry et Rau, II, § 224 *bis*, 5^e éd., Guillouard, Louage I, n° 10.

(59) Selosse, *thèse*, p. 86.

(60) Jean-Baptiste Say : Cours d'économie politique, II^e partie, chap. IV.

closes depuis la loi de 1902 qui est venue consacrer législativement les décisions jurisprudentielles. Désormais l'emphytéote, s'il est détenteur quant au droit de propriété, possède pour son propre compte le droit réel de jouissance qui lui a été consenti.

II. — *Bail ordinaire*. — La question de la nature du droit du preneur d'immeuble est une question célèbre. Ce droit est-il un droit personnel ou un droit réel? Les intérêts de la controverse sont nombreux (61). Nous ne retiendrons que celui qui nous intéresse : le preneur à bail, s'il a un droit réel de jouissance, de détenteur simple qu'il était, devient détenteur et possesseur partiels : détenteur pour le droit de propriété, il serait possesseur pour le droit réel de jouissance. Les conséquences pratiques seraient grandes, nous le verrons plus tard : ce serait autoriser locataires et fermiers à intenter la complainte, à bénéficier d'une protection possessoire complète. Force nous sera cependant de reconnaître qu'il est difficile, dans l'état actuel de notre droit positif, d'admettre la réalité du droit du preneur.

Il est toutefois intéressant de rappeler les arguments apportés en faveur de cette thèse (62), ne serait-ce que pour les discuter et les réfuter. Mais, pour l'instant, nous ne ferons mention que des critiques des auteurs classiques, sans donner notre propre point de vue.

(61) Voir leur exposé dans Beudant et Brethe de la Gressaye, XI, nos 540 et s., Colmet de Santerre, Cours analytique, VII, pp. 285 et s.

(62) Troplong : Louage I, nos 5 et s. ; II, nos 475 et s. Jozon : *Revue Pratique*, 1865, p. 358 ; Rozy, *ibid.*, p. 468 ; Chauveau, *Rev. crit.*, 1931, pp. 568 et s.

1. *Arguments en faveur de la réalité.* — Les partisans de la réalité apportent en faveur de leur opinion un argument de texte et un argument d'ordre économique.

L'argument de texte est tiré des articles 1743 du Code civil et 684 du code de procédure. Ces articles démontreraient que le législateur a eu l'intention de consacrer l'existence en faveur du preneur des droits par lesquels la réalité se manifeste : le droit de suite et le droit de préférence. L'article 1743 établirait l'existence d'un droit de suite. Que dit-il? « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail ». Le texte ne fait allusion qu'à la vente de la chose louée, mais tout le monde est d'accord pour étendre son application aux aliénations de toutes natures, le code parlant de la vente en tant que type courant de l'aliénation. Donc, selon cet article 1743, pour toute aliénation de la chose louée, ce preneur peut opposer son droit à l'acquéreur avec lequel il n'a pas contracté. Encore faut-il opérer des distinctions. En effet :

a) L'article 1328 permet aux tiers d'opposer le défaut de date certaine des actes sous-seings privés dont on veut se prévaloir contre eux. L'article 1743 fait application de cette règle et décide que les baux qui n'ont pas acquis date certaine lors de l'aliénation ne sont pas opposables à l'acquéreur; celui-ci peut empêcher leur exécution et expulser les preneurs s'ils sont en jouissance. Toutefois cette expulsion ne peut avoir lieu qu'après avoir observé les délais d'usage en matière de

congé (article 1748), et sous réserve aussi, bien entendu, des dommages-intérêts qui peuvent être demandés au bailleur.

b) L'article 1743 réserve encore le cas où le bailleur a prévu, par une des clauses du contrat de bail que l'acquéreur pourra, en cas d'aliénation, dénoncer le bail en cours. Cette dénonciation est possible même si le bail avait acquis date certaine au moment de l'aliénation. Le preneur, qui avait signé la clause est obligé de la respecter, et s'il reste cependant en jouissance après l'aliénation, ce ne peut être que par un bail sans durée déterminée, résiliable à chaque instant au gré de l'acquéreur si celui-ci respecte les usages en matière de délai-congé. Au surplus, le preneur ne peut être expulsé qu'après avoir reçu les dommages-intérêts qui lui sont dus, et dont la quotité est réglée à défaut de convention, conformément aux articles 1744 à 1748; il a même à l'encontre du cas où son bail n'a pas date certaine, un droit de rétention sur la chose louée jusqu'à paiement de ces dommages-intérêts.

c) Enfin, dernière hypothèse, le bail a acquis date certaine lors de l'aliénation et ne contient aucune clause restrictive. Il sera opposable à l'acquéreur qui n'aura pas le droit de rompre le contrat. C'est dans ce dernier cas que les partisans de la réalité se placent pour montrer l'excellence de leur opinion. L'opposabilité du droit du preneur à l'acquéreur ne peut s'expliquer si le preneur a simplement un droit personnel; l'acquéreur, en effet, est un véritable tiers puisque c'est un ayant-cause à titre particulier ne succédant pas aux obligations de son auteur. Il faut donc admettre que le droit du preneur est muni d'un droit de suite et

que c'est, par conséquent, un droit réel. Cette opinion concorde au surplus, selon les partisans de la réalité, avec les principes du droit romain. D'après celui-ci en effet, le droit du preneur était certainement un droit personnel, mais jamais il n'était interdit à l'acquéreur d'expulser le preneur. Or, il en est autrement de nos jours, et si la règle ancienne concordait avec la notion du droit de créance, il ne peut en être de même aujourd'hui et le droit du preneur, de personnel qu'il était est devenu réel.

Ce n'est d'ailleurs pas tout. Si l'article 1.743 du Code civil accorde au preneur le droit de suite, l'article 684 du code de procédure lui reconnaît le droit de préférence, et ainsi les deux aspects du droit réel se retrouvent dans le droit du preneur. Voici comment les partisans de la réalité trouvent un nouvel argument dans cet article 684 du code de procédure. Ce texte règle les rapports du preneur avec les créanciers du bailleur en cas de saisie : « Les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement, dit-il, pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent ». En raisonnant par le contraire, on en déduit que les baux ayant acquis date certaine avant le commandement sont opposables aux créanciers. Par conséquent le preneur n'a rien à démêler avec les créanciers du saisi; il fait valoir son droit à l'encontre des saisissants et peut, comme quiconque a un droit réel sur la chose saisie, agir par voie de distraction pour faire respecter son droit.

A ces arguments d'ordre juridique, les partisans de la réalité ajoutent une considération d'ordre économique. L'adoption de leur opinion aurait

pour effet de conférer une situation beaucoup plus forte, beaucoup plus stable au preneur; le crédit agricole par exemple, si nécessaire au fermier, se trouverait ainsi considérablement facilité. Sans doute ne peut-on accepter, pour le preneur, la possibilité d'hypothéquer son droit, ce qui irait à l'encontre de l'article 2118, mais il est difficile de ne pas voir en elle un progrès qu'une réforme législative pourrait bien un jour consacrer.

2° *Arguments en faveur de la personnalité* (63).

— Les arguments invoqués en faveur de la réalité n'ont pas convaincu la majorité de la doctrine et la jurisprudence. Les auteurs s'en tiennent, tout au moins dans le droit positif actuel, à la personnalité du droit du preneur.

Pour cela, ils font la critique de l'interprétation des articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure selon les partisans de la réalité. Le législateur n'aurait d'après les personnalistes, jamais voulu consacrer par ces articles une théorie nouvelle et abroger la tradition d'après laquelle le droit du preneur est un droit de créance. Il a simplement voulu édicter des mesures exceptionnelles s'expliquant pour des motifs d'utilité.

Il est d'abord manifeste que l'article 648 du Code de procédure ne fait que reproduire une dé-

(63) Aubry et Rau, 5^e éd., v. § 365, texte et note 7; Beudant et Brethe de la Gressaye, XI, 541 *bis* et s.; Planiol, Ripert et Perreau, X, n^{os} 546 et s. Colin et Capitant, II, 640; Demolombe, Distinction des biens, I, n^o 492; Demante et Calmet de Santerre, VII, n^o 198; Josserand, II, n^{os} 1218 et s. — *Rcq.*, 6 mars 1861, *D.*, 1861, I, 417, *S.*, 1861, I, 713; *Civ.*, 25 nov. 1865, *D.*, 1865, I, 133, *S.*, 1865, I, 113.

cision de l'ancien Droit. Pothier (64), lui-même, admet l'existence d'un droit de préférence au profit du preneur à l'encontre des créanciers du bailleur, et pourtant, il ne fait aucun doute que cet auteur admettait la personnalité du droit du preneur. Ce droit de préférence était une mesure d'exception, spécialement mentionnée parce qu'elle allait à l'encontre des principes, et dont l'unique but était précisément de tempérer les conséquences injustes de la personnalité du droit du preneur. Ce droit de préférence était une mesure d'exception, qui était spécialement mentionnée parce qu'elle allait à l'encontre des principes, et dont l'unique but était précisément de tempérer les conséquences injustes de la personnalité, en accordant au droit du preneur une stabilité qu'elle ne pouvait lui donner.

On peut en dire autant de l'article 1743. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas eu l'intention d'affirmer une théorie nouvelle mais seulement de consacrer une mesure qui leur paraissait équitable et utile : « Equitable, car il serait injuste que le bailleur, en aliénant l'immeuble loué, pût mettre à néant la convention par lui souscrite, utile, car le fermier ne ferait pas les dépenses nécessaires à l'exploitation et ne pourrait pas vraiment fonder un établissement agricole, s'il n'était assuré de son temps de jouissance même en cas d'aliénation de l'immeuble » (65). Le législateur donc, bien loin de consacrer la thèse du droit réel, a simplement voulu accorder quelques-uns des avantages de la réalité à un droit qu'il ne cesse de considérer

(64) Pothier : Du contrat de louage, n° 304.

(65) Beudant et Brethe de la Gressaye, XI, n° 543.

comme personnel. Et une fois de plus, il n'a fait, en cela, qu'adopter les solutions traditionnelles du droit romain et de l'ancien droit. Autant à Rome que dans la vieille France en effet, le droit du preneur a toujours été un droit personnel; et cependant, la loi romaine, si elle admettait en principe l'expulsion du locataire par l'acquéreur réservait l'hypothèse où l'acquéreur se serait engagé envers le preneur, par stipulation spéciale à respecter le bail (66). La clause d'entretien du bail fut même réputée sous-entendue dans les ventes d'immeubles du fisc (67). Et l'ancien Droit reprit le principe romain en maintenant la même exception; la clause fut sous-entendue dans beaucoup plus de cas. Les rédacteurs du Code n'eurent plus, de ce fait, qu'à la sous-entendre dans tous, pour généraliser l'exception; mais elle n'en est pas moins restée une exception au principe de personnalité. A part le cas spécial de l'article 1743, le Code a maintenu toutes ses conséquences (68). Et, ce qui nous intéresse plus particulièrement, les auteurs ont continué à considérer le locataire et le fermier comme de simples détenteurs.

b) *Détenteurs partiels,
possesseurs d'un droit réel accessoire*

Nous gardons l'appellation droit réel accessoire bien que nous lui préférions celle de droit réel de garantie, parce qu'elle est classique. Il s'agit dans cette hypothèse, d'une chose qui est affectée au

(66) D. XIX, 2, 25, 1.

(67) D. XLIX, 14, 50.

(68) V. à ce sujet les art. 1809 et 1819 et l'art. 1868.

paiement d'une dette et cette chose fait l'objet d'un droit réel au profit du créancier. Cette sûreté peut se faire avec ou sans dépossession. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un nantissement (69), dans le second d'une hypothèque. L'hypothèque ne nous intéresse pas puisque le débiteur restant en possession, un rapport de détention ne peut apparaître. Restent les sûretés accordées par nantissement. Si elles portent sur une chose mobilière, il s'agit d'un gage; si elles portent sur une chose immobilière, il s'agit d'une antichrèse.

1) *La situation du créancier gagiste*

La situation du créancier gagiste a donné lieu, tant en doctrine qu'en jurisprudence, à des discussions passionnées et, de nos jours encore, elle n'est pas établie d'une façon définitive.

Les auteurs et les tribunaux avaient à choisir entre trois solutions également défendables en législation et qui sont les suivantes. On peut tout d'abord considérer le créancier gagiste comme un possesseur; on peut ensuite le considérer comme un simple détenteur; on peut enfin le considérer comme un possesseur-détenteur partiel.

La première solution est la solution romaine; le Droit romain, en effet, voyait dans le gagiste un « possessor rei », et non un « quasi-possessor juris »; il avait seul les interdits possessoires à l'exclusion du débiteur; celui-ci n'avait plus la possession et n'était censé continuer à posséder en

(69) Le gage sans dépossession du débiteur ne nous intéresse pas; le rapport de détention ne peut apparaître mieux dans ce cas que dans celui de l'hypothèque.

vertu d'une fiction qu'au seul point de vue de l'usucapion. Cette solution ne peut pas être la solution française. Le créancier gagiste n'a pas l'*animus domini*. Il ne peut avoir l'intention de s'approprier la chose donnée en gage; cette intention lui est même formellement interdite par les textes (art. 2078 C. civ.; 93, al. 4. C. com.).

Restent par conséquent les deux autres solutions. Ou bien le créancier gagiste est un simple détenteur; ou bien, il est à la fois détenteur et possesseur. Toute la question a porté sur le fait de savoir si, à certains égards, le gagiste était un véritable possesseur. Son intérêt pratique, nous aurons à l'envisager plus tard en détail, se concentre presque uniquement sur la possibilité pour le gagiste d'invoquer vis-à-vis des tiers l'article 2279 du Code civil au cas où le constituant n'était pas véritablement propriétaire de l'objet donné en gage; or, cet article ne peut être invoqué que par les possesseurs à titre de propriétaire ou de titulaire d'un droit réel (usufruit par exemple). La jurisprudence en la matière, s'est dégagée à ce propos et nous l'étudierons en temps utile; disons simplement à cette place qu'elle a suivi une évolution parallèle à l'évolution doctrinale. Si, en conséquence, on désirait accorder la possession au créancier gagiste, il fallait admettre que le gage lui conférât un droit réel; détenteur quant à la propriété de la chose engagée, il serait possesseur quant à l'exercice de son droit réel.

On peut dire, d'une manière générale, que la doctrine classique s'est fixée en ce sens. Mais ce n'a pas été sans quelques incertitudes.

Les premiers commentateurs du Code civil ont hésité à reconnaître la possession juridique au

créancier gagiste. Le législateur lui-même était assez obscur; si, à plusieurs reprises, tant au Code civil qu'au Code de commerce il parle de la « possession » du créancier gagiste, ce n'est jamais en spécifiant dans quel sens il faut l'entendre. Toutefois, l'article 2079 du Code civil assimile le gagiste au dépositaire qui est incontestablement un détenteur. Duranton (70) frappé de cette comparaison, considère le gagiste comme un simple détenteur, représentant du débiteur quant à la chose engagée. Troplong (71) n'est pas loin d'admettre la même idée, mais à une nuance près. En effet, analysant, la situation du gagiste par rapport à la chose, il déclare : « Cette situation a pour conséquence nécessaire d'attribuer au créancier, le rôle secondaire d'un simple dépositaire de la chose; s'il la possède, ce n'est pas dans un but restreint et limité; elle ne lui a été donnée que pour assurer son privilège. Sa possession est précaire; elle ne lui donne que le droit de garder la chose, de la retenir, de la conserver ». Mais plus loin, il constate que le gagiste conserve la chose pour lui et « se rend service à lui-même » (n° 425).

Ces premières conceptions ne vont pas se perpétuer. Devant les solutions jurisprudentielles accordant le bénéfice de l'article 2279 au créancier gagiste de bonne foi, une nouvelle doctrine apparaît qui tend à accorder la double qualité de détenteur et de possesseur au gagiste, en rattachant la

(70) Duranton, XVIII, n°s 563 et s.; XIX, n° 203; dans le même sens, Grenier, des Hypothèques, II, n° 314, p. 35; Dalloz, Ancien répertoire alphabétique, V°, Prescription civile, n° 275.

(71) Troplong, XIX, n° 420, p. 390.

qualité de possesseur à celle de titulaire d'un droit réel.

Le créancier gagiste, en effet, aurait un droit réel, dit droit réel de gage. Cette affirmation se retrouve sous la plume des grands commentateurs du Code civil et sous celle des auteurs de l'Ecole scientifique. Ce droit réel n'est jamais défini, cependant, avec netteté. L'accord ne se fait que sur un point négatif : il n'emporte pas la possibilité de jouir de la chose. C'est ainsi que Laurent (72), écrit : « Le dépositaire n'a aucun droit réel sur la chose ; il ne la possède pas ; il la détient à titre précaire. Il en est tout autrement du créancier gagiste ; il a un droit réel dans la chose ; il la possède à ce titre ». Mais il constate aussi que le gagiste, à l'encontre de l'usufruitier dont il semblerait ainsi se rapprocher, « ne peut user de la chose quoiqu'il en ait la possession. Sous ce rapport, le droit du créancier gagiste diffère des autres droits réels accompagnés de la possession : l'usufruit, la servitude, l'emphytéose, la superficie donnent un droit dans la chose qui implique la faculté d'user et de jouir. S'il en est autrement du gagiste, c'est que sa possession n'a qu'un seul but, celui de garantir le paiement de ce qui lui est dû. Cette possession tient lieu de la publicité dans l'hypothèque en donnant au créancier le droit de faire valoir contre les tiers la préférence qui est attachée au gage ; il n'en résulte aucun droit utile pour le créancier ». Hormis cette remarque, les auteurs ne sont pas prolixes sur la nature du droit réel de gage. Ils se contentent le plus souvent d'en reconnaître l'existence. C'est ainsi que Baudry-Lacanti-

(72) Laurent, XXVIII, n° 493.

nerie (73) déclare que le gagiste « a sur la chose un droit réel. C'est ce droit réel qu'il possède et il le possède *animo domini* ».

Au surplus, Simon (74), dans sa thèse sur le « Dessaisissement dans le contrat de gage », a condensé en quelques formules la conception classique de la situation du créancier gagiste par rapport aux notions de possession et de détention et, l'on pourrait même dire, avant la lettre, la conception de la majorité des auteurs de l'Ecole scientifique (75). Après avoir constaté qu'il ne faut pas prendre dans son sens juridique le terme de possession quand il est appliqué au gage par le législateur, Simon écrit : « Dans ses rapports avec le droit de propriété, le créancier gagiste n'est en somme qu'un simple détenteur précaire : la possession ne cesse d'appartenir au débiteur constituant. Mais si le créancier n'a et ne peut avoir l'« *animus domini* », il a celui du titulaire d'un démembrement de la propriété. Il entend posséder pour son propre compte le droit de gage dont il est investi ; il veut en jouir en toute indépendance et l'exercer dans toutes ses conséquences. Dans la mesure de ce droit, il a un esprit de possession semblable à celui du véritable propriétaire pour la propriété et on ne peut lui refuser la qualité de possesseur ».

Nous voulons bien, nous aussi, ne pas refuser une telle qualité au créancier gagiste, mais encore faut-il que les auteurs classiques la puissent légitimer dans leur conception. Or nous savons que

(73) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 868.

(74) Simon : *thèse* Bordeaux, 1902, pp. 34 et s.

(75) En ce sens, Planiol, *Traité élémentaire* II, n° 2430 ; Josserand, II, p. 736.

pour eux, il ne peut y avoir possession là où ne se joint pas aux actes de jouissance, d'usage ou de transformation accomplis sur la chose, l'intention d'exercer sur elle un droit réel.

Or, ce droit réel, si les auteurs classiques en posent nettement l'existence, n'est défini par eux que d'une manière imparfaite. Au reste, cela s'explique fort bien. Pour eux, l'attribut auquel on reconnaît avec le moins de doute possible l'existence d'un droit réel, est le droit de suite. Or ce droit de suite n'existe pour le gage que d'une manière exceptionnelle : il faut que l'objet du gage ait été perdu ou volé. Dans tous les autres cas, son exercice se trouve contrecarré par l'application de la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » ou « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque », à moins que le nouveau possesseur ne soit de mauvaise foi.

Les auteurs considèrent en conséquence que le droit de gage est un droit réel imparfait (76). Planiol (77), toutefois, émet une idée analogue, mais qui apporte une précision importante. Il considère que le droit réel est d'une nature particulière et que cette nature est due au but de l'institution. « Le gage est un droit qui consiste à détenir la chose d'autrui : c'est l'effet caractéristique et traditionnel du « pignus » romain et du nantissement moderne; mais ce droit sur la chose d'autrui n'est pas donné au gagiste pour lui permettre d'utiliser la chose à son profit, comme pourrait le faire un propriétaire ou un usufruitier; son étendue est déterminée par le but de son institu-

(76) Aubry et Rau, II, § 172, p. 73, 5^e éd.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, VI, n^{os} 188 et s.

(77) Planiol et Ripert, II, n^o 2249.

tion. On veut garantir le créancier et lui permettre de disposer de la chose pour en appliquer le prix à l'extinction de la créance. La vente du gage est donc le but final de l'institution; la possession du gage par le créancier n'est qu'un moyen de lui assurer la possibilité de vendre à l'échéance.

Telle est l'idée qu'il faut se faire de tout droit réel de garantie : ce n'est pas un démembrement de la propriété, donné pour la jouissance des choses, comme les droits d'usufruit, d'usage ou de servitude; c'est un droit réel du second degré, si l'on peut ainsi parler, qui est établi sur le droit de propriété lui-même plutôt que sur la chose et qui autorise le créancier à aliéner pour son profit particulier la chose de son débiteur ».

Quoiqu'il en soit, retenons pour l'instant que la majorité des auteurs est d'accord pour voir dans le créancier gagiste un détenteur quant à la propriété de la chose, et un possesseur quant au droit de gage. Cette conception n'a cependant pas fait l'unanimité autour d'elle et certains auteurs indépendants ou certains arrêts de jurisprudence n'ont pas fondé leur opinion sur elle; nous aurons à le constater en détail plus loin.

2) La situation de l'antichrésiste

Avec le gage, la sûreté qui était remise au créancier était une chose mobilière, avec l'antichrèse, c'est un immeuble. Cette sorte de garantie, d'une application pratique peu fréquente, consiste, en effet, à remettre la possession ou la détention d'un immeuble à un créancier en garantie de la créance; il aura droit d'en percevoir les revenus et de les

imputer sur les intérêts soit sur le capital de sa créance (art. 2085, al. 2. C. civ.).

Le créancier va-t-il acquérir la possession ou la détention de l'immeuble? La question se pose dans les mêmes termes pour l'antichrèse et pour le gage. L'antichrésiste n'entend pas exercer sur la chose un droit de propriété. Celui-ci reste au débiteur qui continue à posséder par l'intermédiaire de son créancier. Mais celui-ci peut légitimement posséder pour son propre compte son droit réel d'antichrèse s'il lui est reconnu. Notre problème se ramène donc à celui de la nature du droit de l'antichrésiste.

Si, sur la nature du droit du gagiste, une doctrine à peu près certaine est parvenue à se dégager, il n'en est pas de même pour la nature du droit de l'antichrésiste. L'incertitude règne encore et l'on peut dire que toutes les opinions possibles ont été soutenues (78).

Pour les uns, le droit de l'antichrésiste est un droit personnel. Laurent (79) estimait même que c'était un droit personnel pur, en ce sens qu'il était opposable au débiteur seul et jamais aux tiers; mais cette thèse semble aujourd'hui définitivement abandonnée. Pour Troplong (80) il serait opposable non seulement au débiteur mais aussi aux créanciers chirographaires. Pour Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et de Loynes et Lobut

(78) Leur exposé détaillé se trouve dans la thèse de Lobut : « L'antichrèse autrefois et aujourd'hui », pp. 127 et s.

(79) Laurent, XXVIII, nos 569 et s.

(80) Troplong : Traité du nantissement, p. 530.

enfin (81), il serait opposable à tous les tiers, c'est-à-dire aussi bien aux créanciers hypothécaires et privilégiés qu'aux créanciers chirographaires.

Pour d'autres (82), au contraire, le droit de l'antichrésiste est un droit réel. La réalité trouverait sa source dans la possibilité d'opposer ce droit à celui des créanciers hypothécaires postérieurs à l'antichrésiste et à un acheteur postérieur à l'établissement de son droit. De plus la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire range les actes constitutifs d'antichrèse au nombre de ceux qui sont assujettis à la formalité de la transcription. Or, la loi de 1855 exige cette formalité dans l'intérêt des tiers qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble. Elle admet donc que l'antichrèse est opposable aux tiers et décide implicitement par cela même qu'elle constitue un droit réel.

C'est seulement dans cette dernière opinion que l'on peut admettre la possession du créancier antichrésiste. Dans toutes les autres, il ne peut en être ainsi et l'antichrésiste doit rester simple détenteur.

SECTION II

LES CONCEPTIONS OBJECTIVES

La conception classique du Droit français que nous venons d'exposer, est une conception subjec-

(81) Aubry et Rau, VI, § 438, texte et note 9, 5^e éd. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^o 208 ; Lobut, *thèse* citée, pp. 155 et s.

(82) Pont, II, n^{os} 1286 et s. ; Guillouard, Nantissement, n^{os} 242 et s. ; Thézard : du Nantissement, des privilèges et des hypothèques, n^o 23 ; Planiol, II, n^o 2501.

tive : l'apparition des rapports de possession et des rapports de détention dépend de l'intention du sujet manifestée dans le titre initial. Il en résulte que les rapports de détention se présentent quand le sujet n'a pas l'*animus* du titulaire d'un droit réel mais entend agir pour le compte de celui qui lui a procuré la mainmise de l'objet.

Dans les conceptions que nous allons étudier maintenant, la distinction de la possession et de la détention réside dans l'existence ou la non-existence d'un élément différenciateur de nature objective. Désormais l'*animus* du sujet importe peu, il est, en principe, identique, nous le verrons, dans tous les rapports de possession et de détention. Ces deux rapports ne peuvent donc se distinguer que par un élément externe au sujet, d'ordre objectif. Selon les théories, cet élément est de caractère divers. Dans une première théorie, il présente un caractère législatif; dans une seconde, un caractère économique; dans une troisième enfin, un caractère judiciaire.

L'exposé de ces conceptions a pour but, dans notre esprit, de permettre une critique plus judicieuse des opinions classiques. Il nous permettra de nous rendre compte avec une plus grande netteté de l'état de la question, et de rechercher si une solution ne doit pas lui être donnée dans un sens différent de celui des auteurs classiques.

§ 1^{er}. — LA THÉORIE OBJECTIVE D'IERING

La théorie objective de Ihering est trop connue pour que nous sentions la nécessité d'en faire nous-mêmes une analyse détaillée. Nous voulons simplement rappeler comment Ihering conçoit l'élément

volontaire dans la détention et comment il a supprimé l'influence de cet élément sur la distinction des rapports de possession et de détention (83).

A. — LA CONDITION DE VOLONTÉ
POUR LA CONSTITUTION DU RAPPORT
DE DÉTENTION

Au chapitre précédent, nous avons posé en principe la condition d'existence d'un élément volontaire quel qu'il soit pour constituer la détention et nous avons noté que nous sommes redevables à Ihering de la distinction du rapport de juxtaposition locale et des rapports de détention. Nous voulons maintenant montrer comment cet éminent juriconsulte conçoit cet élément volontaire.

Pour lui, l'*animus* du détenteur n'est pas un élément distinct du *corpus*. Celui-ci, au contraire, ne peut exister que si la volonté de posséder vient s'intégrer au simple rapport de juxtaposition locale ; l'*animus* ne vient pas ici s'ajouter comme deuxième élément, à ce premier élément déjà existant, mais il le crée en se manifestant (84). En réalité le *corpus* ne peut exister sans l'*animus*, pas plus que l'*animus* sans le *corpus*. Tous deux naissent en même temps par l'incorporation de la volonté dans le rapport avec la chose. La possession n'est donc pas la sim-

(83) Ihering a condensé ses idées sur la volonté en matière possessoire dans son livre sur le « Rôle de la volonté dans la possession » et c'est de cet ouvrage que nous nous inspirons.

(84) Ihering, *op. cit.*, p. 33.

ple réunion du corpus et de l'animus, ce qui impliquerait pour chacune de ces deux conditions une existence préalable, mais le corpus est le fait de la volonté; il n'existe pas plus dans le passé que le mot avant qu'il ne soit prononcé. Le corpus et l'animus sont entre eux comme la parole et la pensée. Dans la parole s'incorpore la pensée restée jusqu'à ce moment purement interne; dans le corpus s'incorpore la volonté restée jusqu'à ce moment purement intérieure; aucune des deux n'existe avant ce moment pour la perception. La juxtaposition locale n'a d'autre importance que d'être la condition indispensable de la réalisation de la volonté de posséder; mais elle ne ne devient le corpus qu'au moment où la volonté lui imprime le sceau du rapport possessoire », (85).

B. — IMPORTANCE DE L'ÉLÉMENT VOLONTAIRE
POUR LA DÉTENTION ET LA POSSESSION

a) *Celle qu'elle a :*

Nous pouvons répondre tout de suite. La volonté ne joue un rôle que pour distinguer le rapport possessoire au sens large du rapport de proximité locale. Mais ce rapport possessoire au sens large comprend d'abord la possession, bien entendu, mais aussi la détention, car cette dernière, comme la première n'existe qu'après réunion des mêmes conditions : corpus et animus.

(85) p. 31.

b) *Celle qu'elle n'a pas :*

Il résulte de ces constatations qu'au premier abord, la distinction de la possession et de la détention ne semble devoir pas résulter d'une différence de constitution. Au contraire, au point de vue éléments constitutifs on peut poser *l'identité de principe de la possession et de la détention*. Cependant les théories subjectives soutiennent le contraire; si elles admettent l'existence d'un élément volontaire nécessaire à la réalisation du corpus, elles considèrent que la possession requiert l'existence d'un second élément volontaire distinct du premier et du corpus tout entier, l'*animus domini*.

Ihering entreprend alors la discussion de l'existence de cet *animus*. Cette discussion est faite en vue de trouver une solution en Droit romain et à ce titre elle ne nous intéresse pas directement. Mais il ne faut pas oublier aussi que lorsque Ihering écrivait, le Droit romain était Droit vivant en Allemagne et que, d'autre part, une critique valable pour ce Droit peut l'être aussi pour notre Droit français qui s'en est fortement inspiré en la matière ou peut nous donner les éléments d'une nouvelle interprétation. C'est à ce titre que nous rappelons, dans ses lignes principales, la discussion de la théorie subjective par Ihering.

I. — *Discussion de la théorie subjective*

Ihering montre d'abord les solutions paradoxales de la conception subjective et prouve ensuite l'inexistence de l'*animus domini* dans les sources romaines.

1. La conception subjective est particulièrement critiquable sous sa *forme primitive*, à laquelle Ihering donne le nom de conception de la « volonté individuelle et concrète » (86). Sous cette forme, l'aninus distinct du corpus nécessaire à la constitution de la possession est la volonté du sujet dans chaque cas. Cette théorie conduit évidemment à des conséquences pratiquement inadmissibles. Elle fait de la possession le jouet de la volonté humaine, le champ d'expérience de toutes les fantaisies, car la volonté a le pouvoir de créer à son gré la possession ou la détention, de transformer instantanément et aussi souvent qu'il plaira au sujet, l'une en l'autre et vice-versa. De plus, elle rend toute preuve impossible, car la volonté est une force interne qui peut changer avec la rapidité instantanée de la pensée.

Si elle a, malgré toutes ses inconséquences, été admise dans sa généralité par certains auteurs, cette théorie n'est cependant pas la seule forme sous laquelle la conception subjective se soit présentée; Ihering l'admet sans peine. Et à côté de la théorie de la volonté individuelle et concrète, il marque la place de « la théorie de la volonté typique et abstraite ». Cette volonté typique, dont dépend alors pour ses partisans la distinction de la possession et de la détention est celle qui se lie au titre d'entrée en possession, à la *causa possessionis*. On ne s'attache donc plus dans cette conception à la volonté réelle et actuelle du sujet; on s'en tient uniquement à celle qui s'est manifestée, à celle qui a été condensée, figée dans le rapport juridique initial. Peu importe la volonté du

(86) p. 13.

sujet au moment considéré. Il suffit, pour le Droit, de savoir quelle a été son intention au moment de l'entrée en possession. D'ailleurs la « *causa possessionis* » nous indique quel est, dans la presque unanimité des cas, la véritable intention : neuf fois sur dix, voleurs et acheteurs veulent se comporter comme des propriétaires, tandis que fermiers, commodataires n'ont pas cette volonté. Donc « la loi ne fait que tirer les conséquences de leur propre volonté, lorsqu'elle accorde aux fermiers la possession, aux seconds la détention » (87).

Cette forme de la théorie subjective est nettement plus satisfaisante que la première et nous savons que c'est, d'une manière générale, celle des auteurs français. Elle fut aussi enseignée pendant longtemps par Ihering avant de construire sa propre théorie. Elle remplace en fait l'élément volontaire de la possession par un élément juridique : il ne s'agit plus d'avoir l'intention de se comporter comme un propriétaire, mais de posséder en vertu d'un titre qui n'exclut pas la propriété. « En réalité, déclare Ihering (88), cette théorie substitue à la volonté la « *causa possessionis* », et l'on pourrait, sous ce rapport, la nommer la théorie de la cause. La volonté « *in concreto* » ne joue plus ici le moindre rôle; l'*animus domini* est totalement éliminé comme condition de la possession ». *Cette forme de la théorie subjective est donc en accord avec la théorie objective, d'un point de vue négatif : l'indifférence complète de la volonté individuelle de posséder.*

Mais elle ne peut être conservée pour diverses

(87) p. 13.

(88) p. 14.

raisons, dont la principale est *les difficultés auxquelles elle conduit en matière de preuve*. Que faut-il en effet prouver dans la théorie de la volonté abstraite ? D'abord l'existence du corpus, ensuite l'existence d'une « *causa* » n'excluant pas la propriété, et non, certes, la volonté interne du sujet. Si la tradition a lieu en exécution d'une donation ou d'une vente, on peut en conclure que l'accipiens est devenu détenteur avec *animus domini*. A-t-elle eu lieu en exécution d'un dépôt ou d'un commodat, elle permet d'en induire qu'il y a détention au nom d'autrui. Mais là ne réside pas la difficulté. Elle trouve son siège dans l'obligation de prouver l'existence du titre lui-même en vertu duquel on détient soit avec *animus domini*, soit sans cet *animus*.

Or, en premier lieu, l'existence de la « *causa possessionis* » est pratiquement impossible à prouver, surtout au cas de possession mobilière. Les déplacements de meubles sont si fréquents et généralement d'une importance si minime, qu'ils passent inaperçus dans la vie et qu'on ne prend pas la peine d'en dresser acte. Le possesseur serait le plus souvent dans l'impossibilité de prouver, autrement que par ses affirmations, qu'il a acquis la chose en vertu d'une « *causa* » fondant la possession. Vis-à-vis des possesseurs de mauvaise foi, en deuxième lieu, la théorie de la « *causa possessionis* » conduirait à des résultats encore plus choquants. Elle mettrait dans l'alternative, ou d'exiger des voleurs et des brigands qu'ils prouvent la cause de leur acquisition, ou de les dispenser de cette preuve et de leur faire par suite une situation préférable à celle des possesseurs de bonne foi. Enfin, en troisième lieu, elle aurait le grave inconvénient

de mettre la protection possessoire à un prix, au moins, aussi élevé que celui de la protection pétitoire. Pour triompher dans l'action pétitoire, il suffit, en effet, de prouver qu'on a acquis la chose en vertu d'une « *causa adquirendi ejus quod nostrum non sit* ». Tous les possesseurs de bonne foi négligeraient les actions possessoires pour agir au pétitoire, qui leur procure une protection définitive.

Toutes ces conséquences sont absolument exactes, mais elles n'ont pas échappé aux partisans de la théorie de la « *causa possessionis* ». Ils ont cherché à les éluder ou bien en dressant un catalogue d'« *actus possessorii* », c'est-à-dire de faits considérés comme impliquant l'*animus domini*, c'est la solution allemande antérieure au Code civil, ou bien en établissant une présomption d'existence de l'*animus*, c'est la solution française. Mais la plupart des « *actus possessorii* » peuvent aussi bien être accomplis par un fermier ou locataire que par un propriétaire. Donc ce n'est pas encore le moyen de preuve concluant. *Reste, en dernière analyse, l'établissement d'une présomption légale* d'après laquelle toute détention impliquerait l'*animus domini*, sauf au défendeur de faire la preuve contraire. Telle est la voie qu'a suivie le droit français; l'article 2230 du Code civil édicte la disposition suivante : « On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre ». Ihering ne tarit pas d'éloges sur cette mesure. « Cet article, à mes yeux, écrit-il (89), l'emporte pour la vie pratique sur tout ce que la

(89) p. 145.

littérature a produit, dans notre siècle tout entier, sur la distinction de la possession et de la détention ».

Autre chose, selon lui, est de savoir si une telle présomption a été acceptée par le droit romain. Sans doute, le seul moyen pour la théorie subjective de sortir de l'impasse dans laquelle elle s'est engagée en matière de preuve, est d'établir une présomption. Mais lorsqu'on veut décharger un demandeur du fardeau de la preuve, il n'y a pas que ce moyen : le législateur peut séparer les conditions à l'existence desquelles il reconnaît une institution en une partie positive dont la preuve incombe au demandeur et en une partie négative dont la preuve incombe au défendeur. Il en est ainsi par exemple, lorsqu'une exception est opposée au demandeur; s'il s'agit d'un acte juridique, le demandeur prouve qu'il a été passé, c'est la partie positive, mais c'est au défendeur à prouver qu'il a été passé irrégulièrement, qu'il y ait eu vol ou violence, c'est la partie négative. Si l'on voulait parler de présomptions dans un cas pareil, « le défendeur devrait être présumé n'avoir commis ni « dolus », ni « culpa », et ne pas être « in mora ». Bref, il n'y aurait plus de fin aux présomptions; toute la procédure en serait saturée. La présomption n'a sa véritable place que là où il s'agit d'une réalité à soutenir par la partie, et non de la résistance à de simples possibilités » (90).

Sans doute, *le résultat pratique est le même* et, sous ce rapport, il importe peu de séparer la présomption et la division des conditions légales : « le praticien peut donc conserver l'habitude de

(90) p. 133.

parler de présomptions, en matière de preuves, même dans les cas de la dernière espèce » (91). Mais en bonne théorie, il est important de faire la différence afin de parler correctement. Or, Ihering estime que le droit romain n'a pas établi une présomption en matière de possession, mais simplement certaines conditions négatives qui viennent mettre la possession au rang inférieur de la détention. Autrement dit, en règle générale, la possession existe toujours, à moins que, certaines conditions exceptionnelles et négatives étant remplies, elle ne puisse être que détention.

2. Ihering ne s'est pas contenté de montrer le caractère paradoxal des solutions auxquelles la théorie subjective arrive. Déjà, sous le rapport de la question de preuve, nous avons vu qu'il se plaçait directement sur le terrain du droit romain. Il s'y est placé aussi pour faire la critique intrinsèque de la théorie, c'est-à-dire pour démontrer l'inexistence de *l'animus domini*.

Toutes les conclusions auxquelles il arrive ne sont valables, en effet, sous le rapport de l'interprétation du droit romain, qu'à condition de prouver cette inexistence dans les sources. L'identité de principe de la possession et de la détention ne peut être maintenue que si l'*animus domini* est une pure invention des interprètes.

Ihering constate tout d'abord que la théorie subjective est fondée entièrement sur deux passages du jurisconsulte romain Paul (92), dans lesquels il établit l'*animus possidentis* comme condition de la possession et refuse la possession au

(91) p. 133.

(92) D., L. 1, § 20, h. t. et L. 38 de Pign. act. 13-7.

représentant et au fermier à cause de son absence. Au regard de ces deux textes, la théorie de l'*animus domini* est inattaquable. « Si le représentant et le fermier ne sont point possesseurs parce qu'il leur manque l'*animus possidentis*, il en résulte que pour être possesseur il faut avoir cet *animus* » (93). Mais ces deux passages ne peuvent être retenus comme nous donnant la véritable solution romaine, et cela pour deux raisons : l'opinion de Paul est une opinion individuelle et, de plus, ce jurisconsulte n'a pas eu l'intention dans ces deux passages d'établir une règle de droit mais a simplement fait « un essai de construction juridique ». En premier lieu, on ne trouve nulle part dans les sources qui traitent de la question, une confirmation de l'opinion de Paul ; bien au contraire, « l'*animus possidentis* » n'y est jamais présenté comme une condition de la possession distincte du *corpus*. De plus, ces textes contiennent des décisions concrètes, et « quand même la décision de Paul aurait la forme d'un principe abstrait, elle ne pourrait prévaloir contre le droit tel que l'appliquait la pratique à Rome, n'étant qu'une construction juridique manquée, émanée d'un juriste isolé » (94). Par conséquent, l'assertion de Paul ne peut être prise que comme un essai d'explication fournie à la règle de droit qui interdit au représentant et au fermier de posséder. Paul a estimé que cette défense provenait d'une différence dans la volonté de posséder. Libre à lui, mais son opinion ne peut être accueillie qu'à condition de concorder avec le droit positif ; sinon,

(93) p. 228.

(94) p. 229.

elle doit être rejetée. Or, il est manifeste qu'elle est isolée dans les sources et que, par conséquent, la théorie subjective a eu tort de transformer « la signification purement technique du point de vue établi par Paul, en une valeur dogmatique et pratique » (95).

II. — *Le critérium législatif de la distinction entre possession et détention*

Au résultat de la critique de la théorie subjective, il est indubitable, pour Ihering, que rien ne vient différencier, sous le rapport de la constitution, possession et détention. Si, cependant, dans des cas exceptionnels, le droit vient transformer la première en la seconde, c'est qu'un obstacle a été posé à la possession, obstacle consistant dans une disposition législative qui vient enlever les effets de la possession au concours cependant parfaitement réalisé de toutes les conditions légales de cette dernière. De semblables dispositions légales sont fondées dans la législation romaine sur des *considérations d'intérêt pratique*.

Ces considérations d'intérêt pratique résident toutes dans l'idée de dépendance. Il est de l'intérêt de certaines personnes que les individus en leur puissance ne puissent agir en justice à leur place; en conséquence, lorsqu'ils ont la mainmise sur une chose, ils ne peuvent avoir la possession mais seulement la détention afin de ne pouvoir bénéficier personnellement de la protection possessoire. C'est ainsi que, pour Ihering, la notion

(95) p. 229.

de détention trouve son origine dans le fait que les chefs de famille doivent conserver leur puissance sur les esclaves et les enfants. Elle a été ensuite étendue aux rapports contractuels qui nécessitent aussi le maintien du détenteur sous la dépendance du « dominus possessionis ». L'intérêt de ce dernier « réclame le maintien intact de sa position juridique, c'est-à-dire la faculté de défendre sa possession par sa propre force et par les moyens possessoires » (96). Mais toutes les fois que le but poursuivi ne comporte point cette situation dépendante donnée à celui qui tient la chose, il ne peut y avoir lieu à détention, et il faut la possession » (97).

En définitive, le critérium de distinction entre la possession et la détention est, dans la théorie d'Ihering, une *disposition légale exceptionnelle fondée sur une idée de dépendance à l'égard du possesseur*. Seul, le législateur peut établir des cas de détention, et la disposition qu'il édicte à cet effet doit être expresse. Autrement dit, si une telle disposition n'existe pas, en toute hypothèse, il doit y avoir possession. *Cette conséquence a une importance pratique importante quand un nouveau cas de possession se présente*. Dans la théorie subjective, si celui qui a la chose en mains reconnaît le droit d'autrui, il est un détenteur. Dans la théorie d'Ihering, au contraire, si le législateur n'a pas prévu expressément qu'il y aurait détention, il reste possesseur. Cette dernière théorie a donc pour effet indirect d'élargir le champ d'application de la possession et de restreindre le nombre

(96) p. 310.

(97) p. 312.

des détenteurs laissés en dehors de la protection juridique.

§ 2. — LES THÉORIES ÉCONOMIQUES

Nous venons de constater que, dans la théorie d'Ihering, les cas de détention s'expliquent rationnellement par une idée de dépendance : le fermier, par exemple, n'avait pas à Rome une liberté d'action suffisante vis-à-vis du propriétaire pour prétendre à un exercice personnel des interdits possessoires. Dans l'esprit d'Ihering, cette dépendance semble être une dépendance sociale : les membres de la domus, les fermiers, les représentants même sont socialement dépendants du chef de famille, du maître de la chose, du représenté.

Dans les théories que nous allons présenter maintenant, les cas de détention sont également fondés sur la même idée de dépendance vis-à-vis du possesseur. Mais, au lieu d'être sociale, la dépendance est économique, c'est-à-dire fondée sur les liens étroits qui unissent possesseur et détenteur dans l'exploitation de la chose. Le promoteur de ces théories est Saleilles. Nous avons déjà eu l'occasion, en étudiant l'élément de fait de la détention, de marquer l'aspect économique de son système : nous avons constaté, en effet, qu'il définissait le corpus possessoire comme un ensemble de faits révélant « un rapport durable d'appropriation économique ». Le même aspect se retrouve dans la conception de l'élément intentionnel. La pensée de Saleilles en matière de possession est absolu-

ment originale dans la doctrine française (98) et elle mérite, de ce fait, une étude particulière. Celle-ci nous permettra, au surplus, de mieux comprendre le système allemand du Code civil de 1900 qui, lui aussi, place le critérium de distinction de la possession et de la détention dans l'idée de dépendance économique,

A. — LA CONCEPTION DE SALEILLES

Comme tous les auteurs, Saleilles exige pour la réalisation du corpus l'existence d'un acte de volonté ; le corpus suppose un état de fait, mais un état de fait qui n'est pas purement passif et accidentel, qui, au contraire, est voulu et intentionnel. Ce n'est pas de cet élément volontaire que nous voulons nous occuper ici, mais de l'*animus* distinct du corpus dont l'existence marque pour les partisans des doctrines subjectives la différence entre la possession et la détention.

Saleilles a toujours estimé qu'un tel *animus* distinct du corpus n'était pas nécessaire à la constitution de la possession. Mais ses idées ont évolué sur le point de savoir ce qui distinguait possession et détention, car il n'a jamais nié qu'une telle distinction existât. Dans son premier ouvrage sur la question, « les *Eléments constitutifs de la possession* », l'existence de la possession est subordonnée à celle d'un nouvel *animus* spécial au possesseur mais qui, au lieu d'être dis-

(98) Mais elle est en partie inspirée des idées qu'ont soutenues en Allemagne Pininski (Thatbestand des Sachbesitzerwerbg) et Goldschmidt,

inct du corpus, s'intègre en lui. Par la suite, dans la *Revue critique* de 1903-1904 et dans la « Possession des meubles » (99), cette exigence d'un nouvel animus n'existe plus, et le critérium de distinction réside alors dans ce que pense la conscience collective, c'est-à-dire, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, dans l'existence d'un animus collectif.

a) *Le premier critérium de distinction
de la possession et de la détention*

Dans son ouvrage, les *Eléments constitutifs de la possession* (100), Saleilles a proclamé l'*existence d'un animus spécial à la possession servant de critérium pour distinguer la possession juridique de la simple possession matérielle* » (101).

Pour commencer, avant de rechercher ce que peut être cet animus, disons ce que, pour Saleilles, il ne peut pas être. Il ne peut pas être un animus domini, c'est-à-dire un animus orienté vers le droit, impliquant que tout détenteur ayant reconnu la propriété d'autrui ne peut prétendre à la possession. Ce point de vue de la doctrine subjective ne peut être conservé après la critique qu'en a faite Ihering (102). Ce ne peut

(99) Saleilles : la théorie possessoire du Code civil allemand, in *Rev. crit.*, 1903, pp. 592 et s. et 1904, pp. 33 et s. ; Saleilles : la Possession des meubles, 1907.

(100) Cet ouvrage recherche une solution en Droit romain, mais pour Saleilles l'article 2228 ne mentionnant pas la condition d'animus domini, le problème est aussi ouvert en Droit français.

(101) Nos 113 et 124.

(102) N° 109.

donc être qu'un animus orienté vers le fait, c'est-à-dire vers le corpus. Autrement dit, c'est la volonté appliquée au corpus. Et si nous définissons le corpus, un état de fait révélant l'existence d'un rapport d'appropriation économique entre l'individu et la chose, *l'animus est « la volonté de réaliser cette appropriation économique de la chose, la volonté d'agir comme le maître de fait de la chose »* (103) la possession sera en conséquence « la réalisation consciente et voulue de l'appropriation économique des choses ».

Tels sont, en quelques mots, les divers résultats auxquels parvient Saleilles. Il nous faut maintenant expliquer de quelle manière.

La possession est un état de fait extérieur, et pour savoir ce qu'elle est, il nous faut placer de l'extérieur et voir comment, à se point de vue, se comporte son titulaire. Or, il est manifeste que tel individu a la possession de la chose dont il dispose lorsque aux yeux de tout le monde, il passe pour en avoir la maîtrise. Dans le cas contraire, on n'est que détenteur. Cela se produit lorsqu'on n'a qu'une jouissance dépendante de la chose, lorsqu'on se pose non en maître, mais en subordonné.

Cet état de subordination se présente dans deux cas, d'abord lorsqu'on exploite dans l'intérêt d'autrui, ensuite lorsqu'en exploitant dans son propre intérêt, on reconnaît cependant la maîtrise d'autrui.

La possession implique « une relation durable et intéressée avec la chose, donc le fait de s'en

(103) N° 127.

servir et de l'exploiter dans son intérêt à soi (104). Cela exclut, par conséquent, tous ceux qui exploitent dans l'intérêt d'autrui, par exemple l'ouvrier qui a chez lui la chose d'un autre pour la réparer, le gérant d'affaires ou le régisseur qui est installé sur un domaine et l'exploite pour le compte du propriétaire. Comment dire, en effet, de ces individus qu'ils ont la maîtrise de la chose : il est manifeste qu'ils ne tirent nullement profit de la chose. Celui qui, dans les cas précédents, recueille les revenus que peut rapporter la chose, celui qui bénéficie de sa valeur économique, c'est celui pour le compte duquel travaille l'ouvrier, pour le compte duquel administre le régisseur ou le gérant d'affaires.

Mais doit-on dire de tous ceux qui exploitent la chose dans leur propre intérêt qu'ils en ont la maîtrise, donc la possession ? Pas du tout. Le fait d'exploiter la chose dans son intérêt n'implique pas qu'on soit avec elle dans un rapport d'appropriation économique, c'est-à-dire qu'on veuille se poser en maître vis-à-vis d'elle. Il importe de bien distinguer le rapport d'exploitation économique. « Etre en rapport d'exploitation économique avec la chose, c'est l'avoir en mains, c'est s'en servir et l'exploiter pour son compte, au sens propre du mot, s'il s'agit d'une chose rapportant revenus. Etre en rapport d'appropriation économique avec la chose, c'est disposer de la chose de telle sorte que tout le monde doive dire de celui qui en dispose ainsi qu'il en est le maître, de telle sorte que dans l'opinion publique le rapport de domi-

(104) N° 110.

nation économique qui existe pour chacune des choses mises en valeur s'établit à son profit » (105).

Le fait d'exploiter est un fait matériel, actuel et brut; il s'établit par une vue superficielle des choses en considérant qui, à un moment donné, a la chose en mains, la cultive et en perçoit les revenus. C'est pourtant au rapport d'exploitation économique qu'Ihering s'est arrêté pour fonder la possession. Cela peut paraître étonnant, et Saleilles est le premier à le constater, lorsqu'on sait que, pour Ihering, le corpus est la visibilité de la propriété, que, par conséquent, il s'établit par un rapport d'appropriation juridique. Cela vient uniquement de l'antinomie, maintes fois constatée, entre la solution qui se dégage de l'ouvrage d'Ihering « le Fondement des interdits possessoires » et celle qui est préconisée dans « le Rôle de la volonté dans la possession ». Au résultat de sa première œuvre, il semblait que Ihering dûl verser dans la théorie de l'*animus domini*. En effet, il définissait le corpus comme la manifestation extérieure du droit de la propriété et la possession ne devait être protégée qu'en vue de garantir la propriété elle-même. Par suite, l'*animus* étant la volonté de réaliser le corpus, devait logiquement être la volonté d'agir en propriétaire. Or, il n'en est rien; quand il parle de l'*animus* dans son second ouvrage, Ihering n'a jamais en vue le droit de propriété, bien qu'il nous dise que l'*animus* soit la volonté appliquée au corpus.

Saleilles a entrepris une conciliation de ces

deux thèses opposées, conciliation qui s'avère particulièrement difficile, puisque Ihering ayant essayé de l'opérer dans ses « Œuvres choisies » (106), n'y est cependant pas parvenu d'une manière satisfaisante. Pour Saleilles, le seul moyen d'en sortir est de scinder par une analyse artificielle l'élément de fait qui constitue le rapport possessoire et de détacher l'état de fait actuel de sa cause initiale. « Il faut s'en tenir à la situation de fait actuelle et fugitive, prise comme dans un instantané, sans remonter au fait d'où elle dérive et faire de cette situation fugitive, instantanée, le corpus possessoire. Ainsi conçu, ce corpus peut être caractérisé et constitué par tout contact avec les choses ou toute manière d'être qui soit conforme aux habitudes d'un propriétaire » (107). Et l'animus s'appliquant à ce corpus pour le réaliser, ne peut être que « la volition successive des faits matériels par lesquels se réalise au jour le jour le rapport de fait avec la chose ». C'est dire, par conséquent, que possession et détention sont identiques, dès lors que la détention est consciente et voulue. Et Saleilles déduit de toutes ces explications qu'Ihering incarne la possession dans le fait brutal et actuel d'avoir la chose en mains, c'est-à-dire dans le rapport d'exploitation économique.

Or, il est manifeste qu'on ne peut s'en tenir à ce rapport. Il est impossible de maintenir la scission, conséquence de la théorie d'Ihering, entre l'état de fait actuel et sa cause initiale. « Ce n'est pas le fait abstrait d'exploitation matérielle, mais le

(106) Œuvres choisies, traduites par Maulenaere, 1893.

(107) Note 73.

fait coloré et caractérisé par sa cause et son point de départ qui constitue pour tout le monde, et dans les relations sociales, la visibilité du rapport qui unit les hommes aux choses du monde extérieur ». Il faut prendre en considération tous les tenants et aboutissants, et l'origine de la situation de fait actuelle. Il faut s'élever, autrement dit, du rapport d'exploitation économique au rapport d'appropriation économique et rechercher qui a, en fait, la maîtrise de la chose et une jouissance indépendante.

Ce rapport d'appropriation économique ne peut s'établir sans l'existence d'un élément volontaire spécial. Car la maîtrise de la chose n'est pas un fait brutal de domination matérielle; « c'est un rapport durable, et par suite un rapport qui résulte de la volonté d'avoir la chose à soi et pour soi » (108). C'est ainsi que nous retrouvons la condition d'« *animus possidendi* » que nous avons posée au début. Son existence devient ainsi le critérium de distinction de la possession et de la détention. Elle implique la nécessité de ne pas s'en tenir aux apparences de fait, mais de remonter à la prise de possession et de voir en quelles circonstances et à quelles conditions juridiques elle a lieu. Cette nécessité permettra en contre-partie d'établir s'il y a ou non indépendance économique du possesseur. Celle-ci ne peut, en effet, être fondée que sur le titre juridique d'entrée en possession ou sur les faits de violence ou de résistance qui peuvent suffire à établir la possession. Au cas où il existe un titre juridique valable, il n'est pas

(108) N° 112.

possible de dresser *a priori* une liste des contrats qui transféreront soit la possession, soit la détention. Une pareille délimitation est essentiellement variable et « dépend des usages de la vie sociale et de la façon dont on envisage les différents rapports juridiques qui unissent l'homme aux choses soumises à son exploitation » (109). C'est ainsi que le louage établissait à Rome un état de dépendance économique du preneur à l'égard du bailleur; mais, à l'heure actuelle, du moins pour les baux d'une durée assez longue, un tel état n'existe plus; l'indépendance économique a été acquise en fonction des conceptions nouvelles et des usages de la vie.

De tout ce qui précède, il résulte que le critérium de distinction entre possession et détention réside dans l'appréciation de la cause d'entrée en possession. *La théorie de Saleilles, dans son premier état, est une théorie de la « causa possessionis »*. C'est l'état d'esprit du détenteur tel qu'il se manifeste au moment de la prise de possession et tel qu'il s'incarne dans la « causa possessionis », qui décide s'il y a ou non possession. Mais il ne faut pas en conclure que Saleilles revienne ainsi à la théorie subjective c'est-à-dire non pas à une théorie de l'*animus domini*, du moins à une théorie de l'*animus rem sibi habendi*, car il ne fait pas de l'élément intentionnel une condition distincte de l'élément corporel. La volonté n'est qu'un élément secondaire destiné à caractériser le corpus, et permettant d'obtenir « la conscience du fait ». « L'*animus* possessoire ainsi entendu devient le

complément forcé du corpus possessoire, la condition sans laquelle celui-ci reste une manifestation vague, incertaine, dénuée de cause qui la caractérise et se prêtant à toutes les interprétations possibles, incapable donc le plus souvent de faire apparaître à elle seule cette maîtrise économique et cette main-mise de l'homme sur la chose, dont elle doit être, comme dit Ihering, « l'extériorité et comme l'éclatante visibilité » (110).

b) *Le deuxième critérium de distinction
de la possession et de la détention*

Saleilles ne va pas s'en tenir à la conception exposée dans son premier ouvrage et, par la suite, la condition d'un animus spécial à la possession n'existe plus.

Cette seconde forme de la conception de Saleilles trouvait déjà ses origines dans l'étude de 1894. Sans doute, à plusieurs reprises, nous avons constaté que la possession impliquait l'existence d'un animus spécial. Mais nous avons marqué aussi la place si importante faite à la constatation et à l'interprétation des faits sociaux. Approfondissant cette dernière idée, Saleilles en vient à se demander si l'essentiel dans la possession n'est pas plus la conscience collective que la volonté individuelle : « A la volonté individuelle de l'individu s'est substituée, sinon la volonté, du moins la conscience en quelque sorte latente, de la collectivité ambiante. Celui-là est possesseur qui est avec la chose dans un rapport tel que, d'après les usages et l'opinion

commune, il doit être respecté dans l'appropriation de son activité à l'utilisation et à l'exploitation de la chose » (111). Par conséquent, la maîtrise de la chose peut exister sans le fait de vouloir la chose pour soi. Sans doute, cet élément intentionnel existe-t-il dans la plupart des cas; dans la norme des choses, la collectivité, pour se faire une opinion, tient compte de l'intention exprimée par le titulaire de la possession dans la « *causa possessionis* ». Mais il peut arriver que la conscience collective ne tienne plus compte de la volonté du détenteur et s'en tienne, pour fonder son opinion, à la conception que l'on se fait à l'extérieur de tel rapport de domination : si, selon, cette conception, il doit y avoir possession, il y aura possession quelque soit l'*animus* du possesseur. Mais laissons parler Saleilles : « Il peut arriver que la maîtrise soit exercée d'une façon qui, objectivement, corresponde à une véritable utilisation normale de la chose, sans qu'il y ait à la base de ce rapport possessoire aucune volonté dont la loi ait à tenir compte. Ce peut être le fait d'un enfant ou d'un dément. Si le rapport de fait qu'ils ont établi entre eux et la chose, par un fait personnel, et sans autre intervention de leur représentant légal, correspond à ce que serait une maîtrise normale de la chose... ils auront acquis la possession ».

Dans une telle conception, le fondement de la possession ne réside plus dans ce que pense, et ce que veut son titulaire, mais dans ce que pense de lui la collectivité dont il est membre, le petit

(111) Saleilles, *Rev. crit.*, 1903, p. 598.

groupe social dont il doit accepter la solidarité. Certes, cet état d'opinion n'est pas indépendant, pour sa formation, de la volonté juridique du possesseur; cette volonté est prise en considération pour le fonder. Et dans la mesure où elle le fait, elle tient compte de la « *causa possessionis* » : « La théorie nouvelle ne recherche pas le caractère juridique du titre de possession que pour en déduire la valeur économique ou sociale de la possession qui s'y trouve y correspondre ». (112).

Telle est, en définitive, la conception de Saleilles dans son dernier état : *restent détenteurs ceux qui, d'après l'opinion ambiante, ne peuvent être considérés comme ayant la maîtrise économique de la chose*. Et encore, Saleilles se demande si la catégorie des détenteurs peut exister vis-à-vis des tiers : « La subtilité infinie des distinctions entre le possesseur et le simple détenteur, même lorsqu'il s'agit, comme on l'a vu, de détenteurs subordonnés, risque de fournir une prime aux acquéreurs de mauvaise foi, en leur donnant le moyen de différer la restitution de la chose et celui par conséquent de la faire disparaître (113). Vis-à-vis des tiers par conséquent, il ne devrait plus y avoir que des possesseurs. Tout détenteur, même en état de dépendance économique vis-à-vis du maître de la chose, aura l'exercice des moyens de défense possessoire, avec cette restriction cependant que cet exercice sera confié au possesseur quand il sera présent. Telle est, en dernière analyse, la conception de Saleilles.

(112) Saleilles, *Rev. crit.*, 1903, p. 609.

(113) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 26.

B. — LA CONCEPTION DU CODE CIVIL ALLEMAND

La théorie de Saleilles que nous venons d'exposer a été élaborée par cet auteur avec, pour objet général, la recherche d'une solution au problème possessoire. Mais elle avait pour objet particulier l'interprétation soit des textes romains soit du Code civil allemand dont la promulgation suivit de près la publication des « *Éléments constitutifs de la possession* ». Et dans son étude de la *Revue critique*, Saleilles se plaisait à souligner, dès les premières lignes, que ce Code a implicitement consacré les idées qu'il avait soutenues en 1894.

Le Code civil allemand de 1900 (114), de l'avis unanime de tous les interprètes, a marqué la victoire du critérium objectif. Car il pouvait, soit s'en tenir à la théorie de Savigny, c'est-à-dire refuser la possession à tout détenteur qui reconnaît la propriété d'autrui, soit tenir compte des idées qu'Ihering avait mises en lumière. Or, les rédacteurs du Code civil allemand n'ont pas hésité à s'affranchir de la conception juridique de la possession qui enferme cette notion dans le « *cercle de fer de l'animum domini* », pour reprendre l'expression de Saleilles. Mais ils n'ont pas enregistré toutes les conséquences de la théorie d'Ihering et en particulier, ils n'ont pas admis la confusion des notions de possession et de détention. Il existe toujours un critérium.

(114) Aucune modification, à notre connaissance, n'a été portée, depuis lors, aux textes du Code civil allemand relatifs à la possession.

a) *Critérium de distinction entre possession
et de détention*

Ce critérium n'est pas un critérium juridique, c'est-à-dire fondé sur le fait de prétendre à un droit absolu ou, au contraire, de reconnaître le droit d'autrui; il est simplement économique et fondé sur la plus ou moins grande *indépendance* du détenteur par rapport à la chose. Désormais on ne tient plus compte de la situation juridique du sujet, qu'il soit locataire, commodataire, usufruitier, donc détenteur selon la doctrine classique; qu'il soit propriétaire ou usurpateur, donc possesseur pour soi, selon la même doctrine, il peut d'une façon identique avoir la possession en Droit allemand, s'il a la mainmise personnelle et l'indépendance suffisantes à l'établir.

Avant de montrer comment se manifeste cette indépendance, constatons qu'elle établit une distinction entre possession et détention portant sur la nature intrinsèque de ces deux notions. Le Code civil allemand a donc réparé l'erreur du premier projet. Celui-ci, en effet, n'avait distingué la possession (*Besitz*) et la détention (*Inhabung*) qu'au regard des conditions spéciales à l'usucapion, laissant la question intacte en ce qui concerne la constitution de ces deux notions. Cela impliquait, comme dans la théorie d'Ihering, une identité de nature et, tout élément subjectif paraissant supprimé dans l'acquisition de la détention, la confusion du rapport de proximité locale et du rapport possessoire.

Cette confusion regrettable ne fut pas maintenue par la seconde commission qui recherche un critérium portant sur le fond même de la question.

Ce critérium ne pouvait plus être juridique; il fut économique et social. C'est ainsi que l'article 854 pose en principe que seuls ont la possession ceux qui ont acquis sur la chose une puissance de fait, une maîtrise de fait (*Thätsachliche gewalt*). Cette maîtrise existe dès que le détenteur a obtenu, soit en se posant en maître absolu (voleur ou usurpateur) soit en vertu d'un certain titre juridique, une initiative personnelle suffisante pour qu'il puisse être dit de lui qu'il a la domination actuelle de la chose. Si le détenteur se pose en maître absolu, il n'y a pas à rechercher plus loin; cette attitude suffit à elle seule à dénoter l'existence d'un titre initial, il y a lieu de l'examiner en tant qu'élément de fait, pour savoir si, dans l'état actuel des mœurs et des usages, il doit être considéré comme conférant une indépendance suffisante. C'est du moins l'opinion de Saleilles, car les auteurs allemands sont loin d'être d'accord sur ce point.

b) *Les cas de détention subordonnée*

Ils se présentent lorsqu'il y a *contact voulu avec la chose sans acquisition de la maîtrise de fait*.

L'article 855 nous donne des exemples : « Si quelqu'un exerce sur une chose la puissance de fait pour un autre, étant employé dans sa maison ou ses affaires, ou se trouvant vis-à-vis de lui, dans tout autre rapport analogue par suite duquel il doit suivre ses instructions relatives à cette chose, c'est cet autre qui est le possesseur ».

Les domestiques, les ouvriers et les employés de commerce sont donc des exemples typiques de détenteurs. Comment admettre, en effet, l'indépen-

dance économique du serviteur qui, dans la maison de son maître, nettoie les ustensiles de ménage, de l'ouvrier à qui on confie un objet pour le réparer? Ce ne sont en réalité que des instruments de la possession d'autrui, dans un sens identique à celui que nous avons rencontré dans l'exposé de la doctrine classique. Leur mainmise sur la chose n'est que dépendante, subordonnée. De là vient l'appellation de détention subordonnée donnée à la détention en Droit allemand.

La raison pour laquelle ces individus n'ont pas possession ne réside pas dans leur qualité d'employé ou de domestique, c'est-à-dire dans leur état de dépendance sociale, mais dans le rapport d'utilisation de la chose qui se relie pour eux à cette qualité. Si donc, bien qu'employés chez un autre, ils avaient acquis du fait de l'employeur lui-même un rapport de détention analogue à celui d'un gérant ou d'un dépositaire, leur conférant une part d'initiative et d'indépendance relativement à la chose, ils en auraient la possession, en vertu de ce nouveau contrat, qui vient se superposer au contrat de services initial. C'est ainsi qu'un domestique, à qui l'on confie un objet précieux afin de le porter à réparer peut acquérir la possession si la confiance est telle, vu les difficultés du transport, qu'elle implique indépendance et initiatives personnelles.

Les cas de détention ne sont pas limités aux seules hypothèses précédentes. Ils peuvent se présenter même pour des gens n'ayant pas la qualité d'employé, dès lors qu'ils se trouvent dans un rapport analogue, c'est-à-dire dans un rapport d'utilisation de la chose équivalent, et sont obligés de suivre, à l'occasion de cette utilisation, les instruc-

tions d'autrui. Il ne faut donc pas croire que seuls sont assimilés aux gens de service et aux employés, ceux qui sont dans une situation analogue : ce serait restreindre beaucoup trop la règle générale que pose la formule finale de l'article 855. Ce n'est pas de la situation sociale qu'il faut tenir compte mais bien du *rapport d'utilisation de la chose*, qui ne laisse aucune indépendance à celui qui l'a en mains ou sous sa garde. C'est ainsi que nous ne devenons pas possesseurs des manteaux laissés par les invités dans le vestibule ou des couverts qu'on met chez un ami à notre disposition, parce que, d'après les usages et les coutumes en cours, nous n'acquérons sur eux aucune maîtrise. Dans la plupart des hypothèses d'ailleurs, cet état de dépendance aura pour cause l'absence de tout contrat spécial relatif à la chose. Car un contrat, même s'il paraît mettre le débiteur à l'entière soumission du créancier implique cependant une certaine indépendance, si provisoire ou si restreinte qu'elle soit, car certains droits sont toujours accordés. Ainsi, a-t-on remarqué, un mandataire, bien qu'obligé par contrat à suivre les instructions du mandant, ne rentre pas dans la formule finale de l'article 855. Il n'est pas à la merci du mandant; les liens contractuels qui délimitent ses pouvoirs sont des liens d'obligation. Tout contrat assure des garanties, toute obligation délimite la sphère de l'initiative permise; cela suffit pour constituer sur la chose une maîtrise qui ne soit pas sous la dépendance d'autrui. C'est ainsi encore qu'à l'encontre de l'invité qui use des couverts de son hôte, le client d'un restaurant acquiert la possession des mêmes objets et peut empêcher toute personne de s'en servir tant qu'il les a entre les mains. La

raison est que, dans ce dernier cas, la détention se rapporte à une sorte de contrat de louage,

C. — LA CONCEPTION DU CODE CIVIL SUISSE

On a coutume d'affirmer que le Code civil suisse a consacré pour la deuxième fois la thèse objective et économique du Code civil allemand. Une telle affirmation a besoin d'être contrôlée.

Le Code civil suisse a été promulgué en 1907. Il avait été précédé d'un avant-projet du département fédéral de justice et de police. Dans le Code la possession est traitée aux articles 919 et suivants où elle fait l'objet d'un chapitre spécial, dans l'avant-projet aux articles 957 et suivants; ces deux groupes de dispositions sont sensiblement identiques et l'on peut, pour apprécier le système du Code, se référer à l'exposé des motifs de l'avant-projet.

Un premier point semble acquis sans qu'il puisse y avoir aucun doute : la législation suisse a supprimé l'exigence d'un élément intentionnel distinct de l'élément de fait. L'article 919 définit la possession comme une puissance de fait sur la chose et il n'est fait aucune mention d'une intention personnelle autre que celle d'exercer un pouvoir effectif sur la chose. Les législations cantonales avaient déjà considéré combien la nécessité d'un « *animus domini* » avait pour effet de restreindre le champ d'application de la possession; elles avaient cherché à élargir le sens de l'« *animus possidendi* » et insisté sur l'élément physique de la possession. « Mais l'idée qui s'exprime à cette fin, déclare le Docteur Huber, rédacteur de l'Avant-Projet, n'est

consacrée logiquement que si l'intention de posséder qui n'est pas matériellement reconnaissable, reste sans influence sur la notion même du droit ». Si cet élément volontaire peut avoir une certaine importance dans les rapports entre parties, « il est insignifiant pour les effets légaux de la possession, où seule la puissance de fait extérieurement manifestée est décisive ».

La conséquence d'un tel point de vue est *l'assimilation de principe de la détention et de la possession*. Il n'est donc plus question, au premier abord, d'un critérium de quelque genre qu'il soit, en Droit suisse. C'est ce que laisse entendre le rédacteur de l'avant-projet. « Le législateur revient à la conception populaire de la possession, qui a persisté dans notre pays, et que la doctrine et la législation de notre époque n'ont délaissée qu'en subissant la théorie du droit commun. Sans doute on peut distinguer entre la détention matérielle et une possession plus étroitement circonscrite, mais à un point de vue seulement et qui est indifférent pour les transactions. Et c'est évidemment la raison pour laquelle cette distinction entre détenir une chose et la posséder n'est pas entrée dans le langage courant ».

Toutefois, semble-t-il, le point de vue auquel on peut distinguer possession et détention doit avoir son importance, même en ce qui concerne les transactions, c'est-à-dire les rapports avec les tiers, car il réapparaît dans la suite des explications du Docteur Huber. Celui-ci est bien obligé de constater la difficulté qu'il y a à accorder la possession indifféremment à tous les domestiques et ouvriers. Et il retrace avec une grande abondance de détails, les phases diverses par lesquelles a passé la

rédaction de l'avant-projet à cet égard, et les formules qui avaient été proposées en vue de trouver un critérium de distinction, analogue à celui de l'article 855 B. G. B. Mais aucune formule ne fut trouvée satisfaisante; on renonça même à en trouver une et la commission d'experts nommée en 1901-1902 décida de s'en tenir au principe.

Par conséquent, le système suisse considère les domestiques et ouvriers, tout au moins à l'égard des tiers, comme de véritables possesseurs : il importe souvent, en effet, que le domestique préserve la chose de son maître. Toutefois toute distinction entre possession et détention n'est pas entièrement bannie pour cela du Droit suisse. Mais elle n'est plus affaire de principes, seulement de circonstances et ces circonstances sont appréciées discrétionnairement par le juge. Dans cette appréciation, il y aura lieu de considérer particulièrement le degré du pouvoir que le maître a entendu transférer à celui qui a la mainmise de la chose. Ce pouvoir peut être pratiquement inexistant : ainsi, quelqu'un passe à un tiers une image ou un livre pour l'examiner en sa présence; ce tiers n'acquiert évidemment aucune possession. Il peut se faire, au contraire, que le pouvoir transféré implique une indépendance telle qu'il y ait acquisition de la possession. Ainsi le mandataire, tout en conservant la possession au mandant, peut, à l'égard des tiers et de par la volonté du possesseur originaire, passer pour le possesseur apparent des choses dont il a la mainmise personnelle.

Nous pouvons par suite affirmer qu'en définitive le Code civil suisse maintient la distinction de la possession et de la détention. Mais elle n'est pas légale : aucun texte formel ne le prévoit; elle est

judiciaire, en ce sens que le juge aura toute faculté pour retirer le bénéfice de la possession à telle catégorie de détenteurs. Et, pour ce faire, il se fondera, non pas sur une différence constitutive, mais sur de simples raisons d'opportunité et il tiendra compte des circonstances qui lui indiqueront jusqu'à quel point la puissance de fait caractérisant la possession existe en réalité.

SECTION III

APPRÉCIATION CRITIQUE DES CONCEPTIONS PRÉCÉDENTES

SOLUTION PROPOSÉE

Nous avons eu pour but, jusqu'à maintenant, d'exposer avec le plus de clarté et aussi le plus d'objectivité possibles, les diverses théories qui ont été présentées au sujet de l'élément intentionnel de la détention, distinct de celui que présuppose une appréhension quelconque. Nous avons été ainsi conduit à rechercher le critérium de distinction entre possession et détention; et nous avons constaté que, pour les uns, ce critérium résidait dans un animus différent et que, pour les autres, cet animus importait peu, était inexistant même et que, seule, comptait l'indépendance sociale ou économique du possesseur dans son rapport d'utilisation de la chose.

Le moment est venu de donner notre opinion et de proposer une solution. Certes, nous évaluons sans peine la vanité d'une telle entreprise alors que des juristes aussi éminents que Sa-

vigny, Ihering, Saleilles, sans parler de tous les auteurs français que nous avons rencontrés dans l'exposé de la théorie classique, l'ont eux-mêmes exécutée. Mais nous n'avons pas été sans remarquer que les théories objectives n'ont jamais été soutenues d'un point de vue strictement français et qu'elles ne sont pas encore passées au creuset de la critique dans notre Droit positif. C'est à ce travail que nous voulons nous attacher dans cette section. Notre but, en effet, n'est pas de trouver quelle pourrait être la meilleure solution en législation; ce n'est pas tout au moins notre but principal. Nous voulons faire avant tout œuvre d'interprète. Nous serons, sous ce rapport, conduit à adopter, dans l'état actuel de nos textes, la théorie subjective et à trouver le siège du critérium de la possession et de la détention dans l'élément intentionnel. Mais cela n'impliquera nullement de notre part, l'acception entière de la définition selon la théorie classique; nous porterons, au contraire, certaines modifications à cette conception.

§ 1^{er}. — ADOPTION DE PRINCIPE
DE LA THÉORIE SUBJECTIVE

Notre opinion repose, sous ce rapport, d'abord sur des raisons de principe, ensuite et surtout, sur un argument tiré de l'état actuel de notre Droit positif.

A. — COMPARAISON DU POINT DE VUE DES PRINCIPES
DES THÉORIES OBJECTIVES ET SUBJECTIVES

I. — Reconnaissons d'abord le grand mérite des théories objectives. Elles ont montré avec pertinence l'*abus des constructions logiques* auxquelles s'adonnaient les partisans de la conception adverse. Ceux-ci ont calqué le fait sur le droit et orienté tout le système possessoire vers lui. Pour eux, en effet, un fait ne peut être reconnu juridiquement, qu'à condition de marquer l'exercice d'un droit. Or, ce point de vue n'est pas entièrement exact. En plus des situations de fait qui correspondent à des situations juridiques, il en existe d'autres qui sont encore à l'état embryonnaire et qui, par conséquent, ne peuvent présupposer l'existence d'un droit. Or, elles ont pourtant une valeur sociale, et, à ce titre, elles méritent la reconnaissance de la loi, dès lors qu'elles ne sont pas contraires à un droit reconnu.

Les objectivistes ont remplacé l'idée de prétention à la propriété, qui ne leur paraissait susceptible d'aucun progrès, par celle d'indépendance sociale ou économique, qui leur semblait permettre une évolution plus facile du système possessoire et une adaptation plus fréquente de ce système aux situations nouvelles. En application de cette idée, sont possesseurs ceux qui, dans leurs rapports avec la chose, ont une liberté d'action suffisante pour que, aux yeux du monde extérieur, ils puissent passer pour en avoir la maîtrise; au contraire, restent détenteurs ceux à qui aucune liberté d'action n'est reconnue. Cette conception a, sans contredit, le *mérite d'une grande souplesse*. Tel rapport avec la chose qui, dans un autre état des

mœurs et des usages, ne laissait apparaître aucune indépendance et ne pouvait être qu'un rapport de détention, devient, dans un autre état des mœurs et des usages, un rapport de possession, parce que son titulaire a acquis l'indépendance qui suffit à la constituer et qui lui manquait auparavant. Un exemple nous permettra de nous en rendre mieux compte : prenons la situation du fermier. A Rome, cette situation était particulièrement dépendante ; réglée par analogie avec celle des enfants en puissance, elle ne laissait apparaître aucune liberté d'action ; celle-ci, au surplus, n'existait ni au point de vue social, le fermier était sous la puissance du paterfamilias, ni au point de vue économique ; il lui fallait suivre étroitement les directives que ce dernier lui donnait. Mais, de nos jours, la situation est changée : l'indépendance du fermier à l'égard du bailleur est apparue. D'abord, il n'existe plus de dépendance sociale. Il n'est même plus question de dépendance économique : le fermier travaille comme il l'entend, exploite la terre qu'il a louée d'après les méthodes agricoles qu'il lui sied d'employer. En un mot, il a acquis l'indépendance suffisante pour être considéré comme un possesseur. Or, un semblable changement de qualité ne peut exister avec la doctrine subjective. Autant de nos jours qu'à l'époque romaine, le fermier reconnaît la propriété du bailleur, et pas un seul instant il ne lui vient à l'esprit qu'il puisse en être autrement, malgré toute l'indépendance sociale ou économique qu'il ait pu acquérir. Et n'ayant nullement l'intention de se comporter comme un propriétaire, il restera ce qu'il était, c'est-à-dire un détenteur.

II. — Tel est, à notre sens, le grand mérite des

théories objectives. Mais il nous faut le mettre en balance avec un grave inconvénient qu'elles suscitent. La souplesse de l'idée d'indépendance, l'évolution qu'elle autorise, ont, en contre-partie, les *incertitudes dans la détermination des possesseurs et des détenteurs*. Sans doute a-t-on parlé de la « finesse » et des « nuances » de la théorie nouvelle (115), mais il nous semble alors qu'on est allé trop loin dans cette voie. Les interprètes du droit allemand n'ont pas été sans le constater, et leur interprétation de la formule de l'article 854 (Thatsächliche Gewalt) est loin d'être toujours concordante (116). Et les rédacteurs du Code civil suisse l'ont aussi remarqué, puisqu'ils ont, après bien des discussions, renoncé à trouver un texte équivalent. D'autre part, il est difficile pour le juge de reconnaître avec précision la qualité de celui qui dispose de la chose. Les rapports d'utilisation de la chose analogues à ceux des ouvriers et employés (art. 855 B. G. B.) peuvent être nombreux et donner lieu à de fréquentes incertitudes. Il suffit de penser, pour s'en faire une idée, à l'exemple que nous avons déjà mentionné, de l'invité qui n'a que la détention des couverts de son hôte tandis que le client du restaurant en a la possession. Sans doute, la théorie allemande déclare-t-elle qu'il y a indépendance suffisante à établir la possession dès qu'il y a contrat, parce qu'un contrat implique toujours la reconnaissance de certains droits et que ceux-ci impliquent une certaine liberté d'action. Mais ne revient-on pas

(115) Saleilles, *Revue crit.*, 1903, p. 606.

(116) V. à ce sujet la thèse de Schwab : *La théorie possessoire objective*, Paris, 1907.

ainsi, pour des raisons différentes, nous l'admettons, à l'étude de la « *causa possessionis* » et de la volonté juridique qui s'y incarne? Certes, le caractère juridique du titre de possession est recherché pour en déduire, non la possibilité d'acquérir la propriété, mais l'indépendance du possesseur. Le fait n'en reste pas moins là : on envisage le caractère juridique du titre initial, ce qui peut déjà faire apparaître les mérites de la théorie de la « *causa possessionis* ».

III. — Au reste, du point de vue des principes (117), le système de la « *causa possessionis* » présente autant d'avantages, si ce n'est plus, que le système objectif. D'abord, la plus grosse objection qu'on pouvait lui faire et qui concerne la *question de preuve*, n'existe pas dès lors que des présomptions sont établies; ensuite, il permet une délimitation simple et précise de la catégorie des détenteurs.

Il est indubitable que la question de preuve pouvait amener le rejet de toute théorie subjective. Sans doute, ce n'est pas directement l'*animus domini* qu'il faut prouver, ce qui conduirait à des recherches d'intention absolument impossibles, mais l'existence d'un titre de possession permettant le transfert du droit de propriété. Mais faut-il encore prouver la possession actuelle; or, malgré la règle « *nemo causam possessionis mutari potest* », il se peut qu'il y ait eu une intervention de la *causa possessionis* par suite d'un fait nouveau qui a substitué un titre nouveau à l'ancien. De plus, même lorsqu'on peut considérer que la

(117) Nous n'envisageons pas maintenant le problème de la protection possessoire.

preuve de l'animus résulte de celle de la *causa possessionis*, il n'est pas dit que celle-ci soit satisfaisante. Ainsi, au cas d'occupation, le fait initial de prise de possession, à lui seul, ne prouve rien au point de vue de l'animus. Le possesseur peut s'être emparé de la chose parce qu'on la lui avait louée ou vendue, ou bien parce qu'elle était abandonnée ou parce qu'il l'avait volée. Pour que l'occupation à elle seule fisse preuve de l'animus domini, il faudrait que celui qui la réalise démontrât qu'il n'existe entre lui et un précédent possesseur aucun contrat de nature à le constituer détenteur précaire. Et tout cela est impossible. De sorte que le plus sûr au cas d'occupation serait pour le possesseur de prouver qu'il a commis un vol ou une usurpation violente. Et, réduire la preuve de l'animus à celle du titre d'entrée en possession, serait constituer une prime au profit des voleurs.

7 Tout cela est absolument exact et convaincant. Mais s'il reste une issue possible, celle que notre législation a consacrée : la présomption de possession du demandeur qui a fait la preuve du corpus. L'article 2230 déclare à cet effet : « On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est pas prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre ». Et Ihering ne reconnaît lui-même que l'établissement d'une telle présomption corroborée par les présomptions subséquentes des articles 2231, 2237 et 2240 permet aux partisans de la théorie subjective de conserver leur opinion.

Par conséquent, aucun obstacle sérieux n'existe du point de vue des principes à adopter la théorie subjective. Qui plus est, elle offre un avantage im-

portant : avec elle, la *catégorie des détenteurs est strictement délimitée*. Il suffit pour prouver la détention de l'adversaire, de prouver l'existence d'une « *causa detentionis* », c'est-à-dire l'existence d'un titre qui réserve le droit de **propriété**. C'est là une preuve relativement facile à fournir, surtout si on la compare à celle qu'il fallait fournir dans la théorie objective, soit l'indépendance du rapport avec la chose dans l'état actuel des usages et des mœurs. Nous continuons donc à considérer comme des détenteurs tous les individus qui, dans la doctrine classique, ont cette qualité.

B. — INADMISSIBILITÉ EN DROIT POSITIF FRANÇAIS DE TOUTE THÉORIE OBJECTIVE

Nous venons de montrer que, sur le terrain des principes, la théorie subjective était préférable aux théories objectives. Nous ne voulons pas arrêter notre argumentation à ce stade, et nous désirons, au contraire, la parfaire en essayant de prouver que l'état actuel du Droit français, d'abord et surtout les textes du Code civil, ensuite les décisions de jurisprudence, ne permettent pas d'y introduire le point de vue subjectif. Tout notre Droit est fondé sur le système subjectif et, qu'on le veuille ou non, on est forcé de s'y tenir. Toutefois, telle n'est pas l'opinion universellement admise, et il nous faut, pour marquer le bien-fondé de notre thèse, faire justice d'une certaine interprétation de l'article 2228, interprétation qui autoriserait l'introduction, dans notre Droit, de toutes les innovations.

a) *L'interprétation dissidente de l'article 2228
du Code civil*

Nous avons constaté plus haut (118) que les auteurs classiques avaient interprété l'article 2228 de façon telle que l'exigence de l'*animus domini* fut requise pour constituer la possession juridique, mais que cette exigence ne pouvait être trouvée dans le texte lui-même. Par conséquent, elle pouvait paraître n'exister qu'au résultat d'une certaine interprétation doctrinale et ne valoir, comme l'affirmation de Paul en Droit romain (119), qu'en tant que construction doctrinale, et non en tant que règle de droit. Si, en définitive, il est possible de ne pas trouver dans les textes l'*animus domini*, il est possible de conclure avec Saleilles (120) que « pour le droit français comme pour le droit romain, la discussion est ouverte », que « l'obstacle inflexible qu'oppose à toute innovation la thèse aujourd'hui surannée de l'*animus domini* n'existe plus », qu'il est permis enfin à l'interprète du droit français comme au romaniste, d'émettre une théorie qui, s'évadant du « cerce de fer de l'*animus domini* », puisse, grâce à sa souplesse, se maintenir constamment en accord avec les besoins pratiques, les usages et les mœurs et qui puisse, but suprême, accorder la protection possessoire aux individus dont l'indépendance de jouissance sera apparue sous les influences précédentes.

(118) *Supra*, pp. 46 et 47. L'interprétation jurisprudentielle est dans le même sens. V. p. 135 les références.

(119) V. *supra*, p. 97.

(120) Saleilles : *El. const. de la possession*, nos 81 et 130, *Rev. crit.*, 1904, pp. 52 et 53.

L'interprétation que Saleilles nous propose dans ce sens est de prendre les articles 2228 et 2229 à la lettre et de ne plus considérer le vice de précarité comme un élément de la possession, mais comme une des conditions que la possession doit remplir en vue de mener à l'usucapion. Une telle interprétation est séduisante car elle semble respecter la formule littérale du texte. Rappelons les articles 2228 et 2229 du Code civil; article 2228 : « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom »; article 2229 : « pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ». Il est un fait certain que la condition de posséder à titre de propriétaire n'apparaît pas dans la définition générale de la possession, mais seulement dans l'énumération des conditions à remplir pour pouvoir prescrire.

Cette particularité n'a pas été constatée pour la première fois par Saleilles. Plusieurs années auparavant, un des plus célèbres parmi les grands commentateurs du Code civil, nous voulons parler de Troplong, avait émis une opinion diamétralement opposée à celle de ses contemporains, en soutenant précisément que l'*animus domini* n'était pas un élément essentiel, mais une simple qualité de la possession.

Troplong (121) rappelle tout d'abord les contradictions de l'ancien Droit relatives à la possession et il les attribue au fait qu'on a transporté

(121) Troplong, Prescription, n^{os} 218 et 239.

les qualifications du Droit romain dans le Droit français, « comme dans un sol exotique ». « Est-ce que la possession de celui qui possède la chose d'autrui avec titre, bonne foi et idée sincère qu'elle lui appartient, fait-il remarquer, n'est pas aussi naturelle que celle de l'individu qui possède sans titre ou pour autrui ? Pourquoi appeler l'une naturelle plutôt que l'autre ? » Et Troplong ajoute qu'il faut abandonner sans plus tarder ces équivoques sans fin, d'autant plus que l'article 2228, par sa rédaction, nous permet d'adopter une terminologie plus claire et plus précise. « Nous appellerons donc possession le fait de celui qui, ayant dans la chose ou à la chose un droit quelconque, l'exerce par des actes de jouissance. Pour nous, le fermier est un possesseur, de même que le gagiste, le séquestre, le commodataire ». Les articles 2230, 2231 et 2236 parlent ainsi de la possession pour autrui. « L'article 2228 n'est pas contraire à cet emploi que nous faisons du mot posséder, car il ne définit pas la possession une jouissance ou une détention pour soi-même ou « *animo domini* » : il la définit une jouissance par soi-même ou pour autrui ».

Au résultat de cette interprétation, il est logique d'admettre la possibilité d'une théorie objective en Droit français. La détention n'est plus fondée sur la reconnaissance de la propriété d'autrui et elle peut, au contraire, être distinguée de la possession d'après le degré d'indépendance de jouissance du détenteur.

b) *Critique de l'interprétation de Troplong
et de Saleilles*

Nous ne voulons pas faire la critique des intentions de ces deux auteurs lorsqu'ils ont proposé une nouvelle interprétation des articles 2228 et suivants. Nous serions mal venu à le faire, alors que, pour nous comme pour ces deux juristes, et Saleilles surtout, le but poursuivi est de protéger en justice certains détenteurs laissés sans protection par la doctrine classique. Certes, il existe un proverbe d'après lequel « la fin justifie les moyens », ce qui pourrait nous autoriser, trouvant le but absolument louable, à accepter les moyens employés pour y parvenir. Mais, peut-être, ne faut-il pas toujours prendre ce proverbe à la lettre, surtout dans le domaine juridique. Or, si l'on veut opérer un changement dans ce domaine, doit-on encore en trouver le moyen technique approprié. Et nous pensons que ce moyen ne réside pas dans une nouvelle interprétation de l'article 2228, car seule la conception traditionnelle, sous certaines réserves, est concevable.

Ce n'est certes pas que nous voulions parvenir à ce résultat par la même voie que les auteurs classiques. Ceux-ci n'avaient pas manqué de faire une critique acerbe de l'opinion de Troplong, au résultat de leur méthode d'interprétation. Pour eux, en effet, « un texte ne vaut rien par lui-même mais seulement par l'intention du législateur, qu'il est censé traduire » (122). Lorsqu'un

(122) Bonnecase, Précis de pratique judiciaire, p. 108, n° 47. Sur toutes les questions qui vont suivre, v. Bonnecase, *op. cit.*, pp. 103 et s. et Introduction à l'Etude du Droit, nos 110 et s.; Génv : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I, nos 96 et s., nos 105 et s.

texte est obscur dans sa lettre, il faut rechercher, pour l'éclairer, l'esprit qui a présidé à son élaboration. Or, tel est le cas en notre matière. Le texte de la loi étant mal rédigé, nous ne pouvons discerner son véritable sens que d'après la volonté du législateur. Et les partisans de l'Ecole de l'Exégèse estiment que Troplong fait dire aux textes du Code civil exactement le contraire de ce que pensaient leurs rédacteurs. Ceux-ci n'ont certainement pas voulu se séparer de la tradition qui, selon eux, a toujours vu dans la détention une absence de possession. Certes, constatent Baudry-Lacantinerie et Tissier (123), « on emploie fréquemment les expressions de possession précaire et de possesseur précaire pour désigner la détention et le détenteur ; mais il ne s'agit pas là d'une véritable possession. Les articles 2230, 2231, 2236 opposent ceux qui possèdent pour eux et ceux qui possèdent pour autrui ; l'article 2236 dit que ces derniers détiennent précairement et ne prescrivent jamais. Il est évident que l'article 2228 ne vise que les premiers ; les autres possédant pour autrui, ne sont pas des possesseurs ». A l'appui de cette opinion, Baudry-Lacantinerie et Tissier citent Marcadé ; pour celui-ci, posséder pour autrui, bien loin de signifier être possesseur, signifie au contraire « être seulement l'agent et l'instrument du possesseur, et par conséquent n'être pas possesseur ».

Encore une fois, ce n'est pas en invoquant l'intention du législateur que nous rejetons l'interprétation de Troplong et de Saleilles. Nous serions

(123) Baudry-Lacantinerie et Tissier : Prescription, n° 198.

le premier à l'adopter si elle nous semblait apparaître au résultat de la méthode que le doyen Gény a exposée avec tant de clarté et de précision et que M. Bonnecase a reprise dans ses grandes lignes. Pour ce dernier, « toute loi a une portée essentiellement limitée et objective, qui se détermine à l'aide, d'une part, de la formule littérale du texte, et, d'autre part, du but social poursuivi lors de l'élaboration de la loi à interpréter (124). Le premier élément, la formule littérale, est « un élément fixe constitué par une formule dont le sens littéral doit être fourni à l'interprète par la langue du Droit, sous peine de devoir déclarer l'œuvre du législateur inopérante. Pris en lui-même, cet élément semblerait devoir immobiliser le droit positif dans sa partie légale et lui enlever toute élasticité. Il se ramène, en réalité et heureusement, à une formule abstraite, et recouvrant un but social qui, élément mobile, conduira infailliblement le juriste aux applications diverses et successives dont la formule est susceptible » (125).

Cherchons tout d'abord quelle peut être la *véritable formule de l'article 2228*. Nous serons bref sur ce point car nous nous retrouvons ici avec les auteurs classiques. Constatons tout d'abord que cet article ne peut, pour voir son sens exact apparaître, être interprété isolément comme ont eu tendance de le faire Troplong et Saleilles; il faut l'éclairer par le contexte. Or il est évident que l'article 2228 a eu grand tort de définir la possession par la détention, car les articles suivants op-

(124) Bonnecase : *Pratique judiciaire*, n° 76, p. 183.

(125) N° 76 *bis*, p. 185.

posent ces deux notions. C'est ainsi que l'article 2230 oppose ceux qui possèdent pour eux et ceux qui possèdent pour autrui; et du rapprochement des articles 2236 et 2239, il ressort que ceux qui possèdent pour autrui détiennent précairement, que, par conséquent, les termes possession pour autrui et possession précaire sont synonymes du terme détention. Reste à prouver alors que l'article 2228 n'a pas inclus la détention dans la définition juridique de la possession. Cela paraît indubitable, si l'on pense à la possibilité de posséder par un autre qui tient la chose en notre nom; cette possibilité implique en effet que ce dernier ne possède pas. S'il en était autrement, il y aurait co-possession, ce qui dans notre droit n'est pas admis. La possession, en effet, est exclusive; « deux personnes peuvent sans doute posséder ensemble une chose par indivis, ou posséder sur une chose des droits différents, mais elles ne peuvent posséder la chose chacune pour le tout » (126). Il faut en conclure que la possession n'est pas la détention, mais qu'elle exige un autre élément, l'*animus domini* (127).

Au surplus, l'étude du second facteur d'interprétation, le *but social* poursuivi lors de l'élaboration de la loi, achève de nous éclaircir définitivement

(126) Baudry-Lacantinerie et Tissier : Prescription, n° 206 et les autorités citées.

(127) En ce sens : Beudant et Voirin, IV, p. 725. Bufnoir, Propriété et contrat, p. 197, Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 198 et les autorités de l'ancien droit que ce dernier cite. La jurisprudence, au surplus, est en ce sens; v. *Req.*, 9 janvier 1872, S., 1882, I, 225; *Civ.*, 20 mai 1889, D., 1890, I, 248, S., 1891, I, 511; *Req.*, 25 juin 1914, S., 1918-19, I, 169.

sur la question. Quel a été, en effet, le but poursuivi lors de l'élaboration des textes relatifs à la possession? Ce fut un but de protection. On a voulu protéger une situation de fait, avant même de savoir si elle correspondait à la réalité juridique. Mais on n'a pas voulu, pour cela, protéger toutes les situations de fait sans distinction; on a seulement désiré protéger celles qui constituent l'apparence d'une situation juridique. Or, le fait de posséder constitue l'apparence de la propriété; pour employer une expression d'Ihering, la possession est la « visibilité de la propriété ». Par suite, reconnaître juridiquement le fait de possession, c'est reconnaître le droit de propriété avant même qu'il n'existe, ou sans avoir à prouver son existence. Pour reprendre le langage si pittoresque d'Ihering la possession est un « ouvrage avancé de la propriété ». Comme très souvent, il est très difficile de démontrer l'existence de son droit et comme très souvent aussi, le fait est conforme au droit, on reconnaît juridiquement le fait. D'ailleurs cette reconnaissance a pour effet indirect d'assurer la paix sociale et l'ordre public, car si la moindre contestation sur la réalité du droit du possesseur pouvait entraîner la dépossession de celui-ci, il en résulterait presque infailliblement des violences et des voies de fait intolérables.

Mais cette apparence que constitue la possession n'existe que si, sans être inéluctablement conforme à la réalité, elle n'est cependant pas en contradiction formelle avec elle. Par conséquent, ne peut être reconnu en tant que fait de possession, le fait dont l'existence est la négation même du droit. Autrement dit, ne sera pas possesseur celui qui ayant la mainmise de la chose, reconnaît le droit

de propriété d'autrui, ne prétend pas lui-même à ce droit.

Ainsi nous constatons en définitive, une fois de plus, la nécessité de maintenir dans notre droit, la condition d' « animus rem sibi habendi ». Et se trouve confirmée la position prise au début, à savoir que l'interprète est obligé de s'en tenir au point de vue subjectif. Le critérium de distinction de la possession et de la détention réside dans une différence d'animus. *Sont détenteurs ceux qui font des actes de jouissance, d'usage et de transformation sur une chose avec l'intention de reporter à autrui, sous le rapport du droit de propriété, le bénéfice de ces actes.*

§ 2. — DIFFÉRENTS CARACTÈRES DE L'ÉLÉMENT
INTENTIONNEL DE LA DÉTENTION.
CONSÉQUENCES

L'intitulé de ce paragraphe peut paraître étonnant alors que nous venons d'établir que l'intention du détenteur est toujours d'agir, sous le rapport du droit de propriété et pour les conséquences que sa détention peut avoir sur ce droit, dans l'intérêt d'autrui, pour le compte du possesseur. Il peut sembler, en conséquence, que l'élément intentionnel de la détention se présente toujours avec les mêmes caractères; c'est au demeurant, l'opinion des jurisconsultes classiques.

En réalité il n'en est rien, car l'existence du droit de propriété n'est pas la seule chose qui importe dans la détention. Celle-ci existe non seulement pour que son titulaire aide le possesseur à conserver sa possession, mais aussi pour qu'il

puisse faire valoir la qualité juridique en vertu de laquelle il détient. La qualité de détenteur est en effet connexe à la qualité de locataire, de dépositaire, de mandataire, etc.. Et l'on peut à bon droit se poser la question de savoir si ces diverses qualités n'ont pas un effet réflexe sur la qualité uniforme de détenteur et sur l'élément intentionnel de la détention. Notre réponse est affirmative. Mais nous faut-il encore l'asseoir sur des raisons valables. C'est ce que nous nous proposons de faire et nous verrons qu'à son résultat des indications utiles nous sont fournies dans la recherche d'une solution aux questions laissées pendantes par la doctrine classique et concernant, plus particulièrement, la situation du preneur à bail et du créancier gagiste.

A. — LE FACTEUR INTÉRÊT DANS L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DE LA DÉTENTION

D'après la conception classique, les actes de possession sont accomplis par le détenteur dans le seul intérêt du possesseur; comme le disait Marcadé, le détenteur est l'instrument de la possession d'autrui; il n'est même pas, nous le verrons par la suite (128), un représentant. Sous cet aspect, la détention paraît ne présenter aucun avantage, aucun intérêt pour son titulaire. Ce point de vue est incomplet. Et les auteurs modernes constatent qu'à l'intention d'accomplir les actes de possession dans l'intérêt du possesseur se combine celle d'exercer un droit personnel. Or, bien souvent, ce

(128) V. *infra*, p. 272.

dernier exercice laisse apparaître un intérêt chez le détenteur; en d'autres termes, celui-ci n'agit plus uniquement pour le compte du possesseur, mais aussi pour le sien propre. Toutefois cet intérêt ne se présente pas également dans tous les cas de détention; *en règle générale il trouve sa source dans la possibilité pour le détenteur de tirer de la chose une part des utilités qu'elle comporte.*

I. — Parfois la formule qui fait consister l'*animus* du détenteur dans l'intention de posséder pour autrui paraît pleinement exacte : ce sont les cas appelés par Ihering, *cas de détention pure ou par procureur*. Lorsque dans ces hypothèses, le détenteur agit, accomplit des actes d'usage ou, le plus souvent, des actes de conservation, il n'a jamais en vue la satisfaction d'un intérêt personnel, mais seulement la satisfaction de l'intérêt du possesseur qui lui a transféré la chose. Les exemples de cette situation nous sont fournis quand le contrat ou la qualité en vertu de laquelle on détient, ne fait apparaître, au regard de la chose, aucune créance au profit du détenteur.

Tel est le cas du dépositaire. Il n'accomplit sur la chose que des actes de conservation, dans le seul intérêt du possesseur. S'il avait l'intention de faire servir la chose pour son propre compte, il commettrait ce que les Romains appelaient un « *furtum usus* » et ce qui se traduit, à l'heure actuelle, par une condamnation à des dommages-intérêts, si l'usage irrégulier a causé quelque préjudice au déposant. Tel est encore le cas très voisin de l'employé ou du préposé auquel le maître ou le commettant a confié une chose pour qu'il puisse exercer ses fonctions, ou encore le cas du mandataire lorsque, accessoirement des actes juridiques qu'il ac-

complit, il manie la chose du mandant, celui de l'administrateur de la chose d'autrui (le tuteur ne peut nullement se servir personnellement des biens appartenant à son pupille), celui du voiturier, du capitaine de navire, du mari, enfin, sous le régime de communauté et sous le régime dotal pour les paraphernaux. « Dans tous ces cas, soit gratuitement soit contre une rémunération, déclare très justement Quincardet (129), une personne entre en contact avec une chose que lui confie une autre personne en vue de conserver dans l'intérêt de cette dernière, la maîtrise que celle-ci exerçait jusqu'ici personnellement sur cette chose. L'intention du dépositaire, du mandataire, etc... est donc très nettement d'exercer une mainmise sur la chose à eux confiée, au nom et pour le compte du déposant, du mandataire, etc... qui doit seul en recueillir le bénéfice et qui seul peut se prévaloir des effets juridiques qui y sont attachés.

Toutefois, il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, et croire que dans les cas de détention pure, le détenteur ne porte absolument aucun intérêt à l'objet de sa détention. Ce désintéressement ne peut pas aller, en effet, jusqu'à la négligence; sinon la responsabilité du détenteur serait engagée. On peut donc dire que, dans ces hypothèses, *l'intérêt du détenteur apparaît lorsqu'il risque d'encourir une responsabilité*. La jurisprudence a fait une application remarquable de ces idées quand l'objet détenu a été volé au détenteur; elle permet à ce dernier de rentrer en possession de son bien (130).

(129) Quincardet, *thèse citée*, p. 282.

(130) V. *infra*, p. 357.

II. — Il est des cas de détention où l'intérêt du détenteur apparaît avec une netteté plus évidente. Si, en effet, au regard de la substance de la chose, le détenteur entend, sans qu'il puisse y avoir de discussion possible, agir pour le compte du possesseur, il peut, par contre, se produire qu'il entende bénéficier personnellement de la chose, sous d'autres rapports. Autrement dit, si, en transférant la chose, le possesseur a eu l'intention de conserver intact le droit de propriété qu'il entend avoir, il a pu ou il a dû aussi s'engager à reconnaître la possibilité pour le détenteur de jouir de la chose et de retirer pour son propre compte certaines des utilités qu'elle comporte. Cet engagement est à deux degrés, en ce sens qu'il emporte le pouvoir, soit d'exercer un droit de créance, véritable ou supposé, soit d'exercer un droit réel, existant ou prétendu. La détention, par conséquent, au lieu d'exister à l'état pur, se présente en corrélation avec ou un droit de créance ou un droit réel.

a) Cette particularité est apparue à la doctrine classique quand elle affecte sa seconde forme. Les auteurs admettent, en effet, que l'intention de posséder pour autrui puisse, dans certains cas, se combiner avec l'intention de s'approprier pour son propre compte une partie plus ou moins grande des utilités de la chose. Cette situation se présente lorsqu'une personne prétend exercer un droit réel démembré sur une chose (131) qu'elle a entre les mains, mais dont elle reconnaît ne pas avoir la

(131) La question, en ce qui concerne les droits réels accessoires, sera étudiée plus loin, d'une façon autonome.

propriété. Ce sont, au demeurant, les *cas de possession et de détention partielles* dont nous avons donné plus haut (132) l'énumération. Dans toutes ces hypothèses, il se fait une répartition, entre deux individus différents, de l'appropriation des utilités de la chose. L'un, celui qui prétend à la propriété, gardant l'*animus domini*, conserve la possibilité d'absorber ces utilités sous le rapport de sa substance : il peut ainsi l'aliéner. L'autre, celui qui prétend à un droit réel démembré, s'il se comporte comme un détenteur vis-à-vis de la propriété, entend au contraire se comporter comme un possesseur « *cum animo rem sibi habendi* », pour la partie des utilités actuelles ou futures qui a été laissée à sa disposition par le propriétaire. C'est cette seconde intention qui est, pour lui, l'intention principale. Il veut avant tout pouvoir bénéficier des utilités qui lui sont conférées. La détention n'est que l'accessoire de sa possession et existe uniquement parce que le propriétaire ou prétendu tel se trouve dans l'impossibilité d'accomplir lui-même les actes de possession le concernant, sans entraver la possession du titulaire apparent du droit réel.

Enfin, dernière remarque, qui a une importance particulière pour ce qui va suivre, le possesseur partiel entend retirer la partie des utilités de la chose qui le concerne, à la manière d'un titulaire de droit réel, c'est-à-dire exclusivement et d'une façon opposable à tous; il s'approprie donc ces utilités en son propre nom alors même qu'elles ne seraient pas encore détachées de la substance

(132) *Supra*, p. 66.

même de la chose. Comme exemple typique, nous ne voulons citer que l'usufruitier. Son droit réel comprend l'usage et les fruits de la chose, dans les conditions que nous venons d'exposer.

b) Si la corrélation entre la détention et l'exercice du droit réel a été vue par les auteurs classiques, ceux-ci, par contre, n'ont pas fait mention de celle qui existe pourtant entre la détention et l'exercice du droit de créance dont l'objet se rapporte à elle. Certains détenteurs, qui ne sont pas qualifiés de possesseurs partiels précisément parce qu'ils ne prétendent pas avoir un droit réel sur la chose, ont, cependant, au regard de certaines de ses utilités, le même comportement que ceux qui y prétendent : ils portent à la chose un intérêt direct qui se traduit par l'intention de s'approprier une partie plus ou moins grande de ses utilités. Tels sont le locataire, le fermier, le commodataire : tous ont l'intention de faire servir la chose à leur profit. Ces personnes dans la doctrine courante (nous allons voir bientôt, pour le preneur, que c'est la seule admissible, sous réserve de certaines modalités), n'ont pas de droit réel sur la chose, mais seulement un droit de créance envers le possesseur, en vertu duquel celui-ci s'engage à leur transférer une partie des avantages que la chose procure. Prenons comme exemple celui du fermier. Le bailleur lui a transféré la détention du fonds pour lui permettre, moyennant le paiement d'un fermage, de le cultiver et de s'en approprier les fruits. Cette appropriation n'a pas lieu à titre de droit réel, mais à titre de droit de créance, en ce sens, qu'au contraire de l'usufruitier, le fermier ne peut s'approprier les fruits alors qu'ils ne sont pas encore détachés de la

chose (il se distingue ainsi de cette manière de l'acheteur de récoltes sur pied); il a seulement le droit, après avoir opéré le détachement, d'obtenir le transfert de ces fruits dans son propre patrimoine. Et l'objet de ce droit est une prestation négative : le bailleur doit s'abstenir de toute activité pouvant nuire au transfert. De même, le locataire acquiert jour par jour la jouissance des lieux loués. Mais pour la jouissance future, il est dans la même situation qu'un acheteur d'une chose de genre non individualisée ou encore d'une chose future : il ne peut prétendre avoir de droit réel parce que son droit vise l'usage de la chose à l'état distinct et que cet usage n'existe pas encore au moment où il prend possession de la chose.

Il n'en reste pas moins que tous ces détenteurs doivent être distingués des détenteurs purs et rapprochés des détenteurs-possesseurs partiels, car bien que n'ayant pas de droit réel, ils ont l'intention de s'approprier une partie des utilités de la chose en exécution des obligations contractées par le possesseur. Ce sont ces détenteurs que Thoring appelle *détenteurs intéressés*. Nous continuerons, d'une manière générale et pour plus de commodité, de les appeler ainsi.

B. — SOLUTION PROPOSÉE EN CE QUI CONCERNE
LA SITUATION DE CERTAINS DÉTENTEURS
QUE LA DOCTRINE CLASSIQUE A MAL CARACTÉRISÉE

L'influence du facteur intérêt sur la classification des détenteurs va mieux apparaître au cours de l'étude particulière que nous allons faire de

la situation du preneur à bail, du créancier gagiste et du rétenteur. Cela nous permettra aussi de constater que l'intérêt porté par le détenteur à la chose n'affecte pas toujours le même caractère et qu'en fait, il peut se présenter sous deux aspects différents; si toujours le détenteur intéressé détient pour son compte, dans son intérêt propre, il peut vouloir soit retirer certaines utilités de la chose (détention intéressée selon Ihering), soit simplement éviter tout détournement ou toute mainmise étrangère sur cette chose.

Toutefois, avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous paraît préférable de prendre position sur quelques notions générales qui dominent notre matière.

La distinction générale des droits réels et des droits personnels. Classification des droits réels et des droits personnels.

Notre intention n'est pas de reprendre les discussions auxquelles la matière des droits réels et personnels a donné lieu; cela déborderait de beaucoup le cadre de notre sujet. Mais, à raison même de l'ampleur des discussions, il nous faut dire, aussi rapidement et aussi succinctement que possible, quelle position nous entendons prendre sur les définitions respectives, la distinction et la classification des droits réels et des droits personnels. (133).

(133) Pour de plus amples développements, nous renvoyons principalement aux ouvrages suivants : Bonnecase, *Précis de Droit civil*, II, n^o 21 et s., 41 et s., et Quincardet,

Les droits qui constituent l'élément actif du patrimoine et qui frappent les choses ou biens se divisent en droits réels et droits personnels ou droits de créance. « Le droit réel est un rapport de droit en vertu duquel une chose se trouve d'une manière immédiate et exclusive, en tout ou en partie, soumise au pouvoir d'appropriation d'une personne. Le droit de créance est un rapport de droit en vertu duquel la valeur économique ou purement sociale d'une personne est mise à la disposition d'une autre personne sous la forme positive d'une prestation à fournir ou sous la forme négative d'une abstention à observer. — On donne aussi une autre formule : le droit réel est un rapport de droit en vertu duquel une personne a la faculté de retirer d'une chose exclusivement, et d'une façon opposable à tous, tout ou partie de l'utilité qu'elle comporte. Le droit de créance est un rapport de droit en vertu duquel une personne, le créancier, a le pouvoir d'exiger d'une autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation déterminée, positive ou négative, et susceptible d'évaluation pécuniaire » (134).

Nous posons de cette manière la distinction sous le rapport de leur nature spécifique des droits réels et des droits de créance. La différence essentielle a trait à l'objet du droit : le droit réel vise à l'appropriation d'une richesse tandis que le droit de créance porte sur une prestation déter-

thèse, pp. 360 et s. « Adde » Rigaud, *Le Droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, *Thèse* Toulouse, 1912 ; Chauveau (M.), *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1931, pp. 539 et s.

(134) Bonnecase *op. cit.* n° 37.

minée et vise à l'utilisation des services; d'autre part, tandis que ce dernier met nécessairement en présence deux personnes, le créancier et le débiteur, le droit réel met son titulaire en contact direct avec la chose sous la garantie du pouvoir social; en effet, seul le droit réel emporte spécifiquement droit de suite et droit de préférence. Nous rejetons de cette manière toutes les théories unitaires qui ont tendu soit à ramener le droit de créance au droit réel⁽¹³⁵⁾, soit à transformer le droit réel en une obligation passivement universelle (136).

Les droits réels eux-mêmes se divisent en deux grandes catégories fondées sur une différence de nature : d'une part, les droits réels principaux ou du premier degré, d'autre part les droits réels accessoires appelés aussi droits réels du second degré ou droits réels de garantie. Le critérium de distinction doit être, à cet égard, « calqué sur la réalité économique; l'observation de celle-ci nous conduit à admettre que les richesses peuvent être utiles aux hommes, non seulement par les avantages matériels qu'elles procurent à raison de leur nature organique, mais encore à raison de la valeur pécuniaire qu'elles représentent dans une société organisée » (137). En conséquence, on peut définir les droits réels principaux, « ceux qui portent directement sur une chose prise dans son individualité organique et ont pour objet son utilisation matérielle », et les droits réels accessoires ou du second degré ceux qui « s'adressent à la

(135) Rigaud, *op. cit.* pp. 467 et s.

(136) Planiol, *Traité élémentaire* I, n^{os} 1159 et s.

(137) Quincardet, *op. cit.* p. 403.

valeur économique représentée par la chose et qui ont pour objet, par delà l'individualité organique de la chose, l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique. Il n'est pas question avec les droits réels du second degré de l'utilisation matérielle de la chose, de là leur dénomination; par ailleurs, ils ne se suffisent pas à eux-mêmes; leur but est d'assurer l'exécution d'une obligation par l'affectation spéciale de la valeur économique d'une chose au paiement du créancier et de là la seconde qualification de droits réels accessoires » (138).

A l'opposé des droits réels, avons-nous dit, se trouvent les droits de créance qui ont pour objet une prestation déterminée; c'est ce qui fait leur unité. Mais ils se distinguent, d'autre part, en ce que leur titulaire, le créancier, n'est pas toujours dans une situation identique lorsque le débiteur n'exécute pas sa prestation et que celle-ci se résout en dommages et intérêts. Le créancier, en premier lieu, dans la situation la plus défavorable, a, comme garantie de paiement, « le patrimoine entier du débiteur sans affectation aucune de l'un quelconque de ses éléments concrets. Cette première catégorie représente le droit de créance ou obligation tel qu'on l'entend généralement... Pratiquement, les créanciers se trouvant dans cette première catégorie sont plutôt en danger, à raison précisément, de ce que leur droit s'exerce sur le patrimoine considéré comme universalité et en concours rigoureux avec les autres créanciers » (139). Mais, en deuxième lieu, il n'en est pas toujours

(138) Bonnecase *op. cit.* II n° 35.

(139) Bonnecase *op. cit.* II n° 71.

ainsi et parfois, dans le patrimoine du débiteur, certains éléments concrètement désignés sont affectés au paiement de la dette, par préférence à d'autres éléments. Par suite, sur les éléments en question, le créancier considéré fera valoir son droit, par préférence aux autres créanciers. Un tel créancier est dit créancier chirographaire à gage spécialisé par opposition par opposition au premier qui est appelé créancier chirographaire à gage général ou indéterminé. Au surplus, les créanciers chirographaires à gage spécialisé se différencient en créanciers chirographaires à gage déterminé, auxquels une quote-part du patrimoine du débiteur ou même, à la rigueur, d'un tiers, est affectée, et en créanciers à gage spécialisé, pour lesquels « c'est un bien individualisé du patrimoine du débiteur ou d'un tiers qui assure le paiement de leur créance soit sous la forme d'un prélèvement..., soit sous la forme d'un droit de rétention » (140). Ajoutons que l'existence de ces créances chirographaires à gage spécialisé implique le rejet de la conception classique selon laquelle le créancier chirographaire est un ayant cause à titre universel; comment concevoir, en effet, un ayant cause universel ou à titre universel qui ne reçoit pas au moins une quote-part du patrimoine de son auteur? Au surplus, il existe une différence essentielle entre le créancier chirographaire et le successeur universel, à savoir que le premier n'est jamais tenu, à la différence du second, directement et personnellement des dettes de son auteur.

Telles sont les remarques préliminaires qu'il nous a paru bon de faire. Elles vont nous permet-

(140) Bonnetcase *op. cit.* II n° 71.

tre de serrer de plus près les diverses questions que nous allons maintenant essayer d'éclaircir.

a) *La situation du preneur à bail
d'un immeuble*

Nous avons précédemment posé le principe que le locataire ou fermier était le type du détenteur intéressé. Cette affirmation n'est valable qu'à condition d'abord d'admettre la thèse de la personnalité du droit du preneur, ensuite de montrer en quoi consiste l'intérêt dans l'anîmus du locataire. Ce dernier point nous semble avoir été suffisamment éclairci pour ne que nous n'ayons pas à y revenir; mais il n'en est pas moins un simple corollaire du premier et il importe donc de prendre définitivement position sur la nature du droit du preneur.

Nous avons constaté (141) que le principal argument en faveur de la réalité est tiré d'une certaine interprétation de l'article 1743, au résultat de laquelle cet article établirait un droit de suite au profit du preneur. La doctrine classique critique cette interprétation en invoquant la tradition historique : le Code civil ne s'est pas séparé de l'opinion soutenue dans l'ancien droit et l'article 1743 n'établit qu'une exception utile et équitable au principe de la personnalité. Ce point de vue nous paraît absolument exact et peut, à notre avis, être appuyé non seulement sur un argument historique qui, sans contredit, sert utilement à déterminer la portée du texte, mais aussi sur un argument rationnel.

(141) *Supra* p. 73.

Cet argument est tiré de la nature même du droit réel. De cette nature, en effet, se déduisent des conséquences en contradiction avec les solutions du Droit positif en la matière. Nous savons que le droit réel est celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose; on ne trouve en lui que deux éléments, une personne, sujet actif du droit, et une chose déterminée qui est l'objet du droit. En réalité, le droit réel a aussi une infinité de sujets passifs, car tout le monde est tenu de ne rien faire qui puisse gêner le sujet actif dans l'exercice de son pouvoir sur la chose; mais on n'en fait ordinairement pas cas, parce qu'il ne vient à l'esprit de personne d'inscrire une semblable obligation au passif de son patrimoine; « à la valeur positive qui figure dans l'actif du patrimoine du titulaire du droit réel ne correspond pas une valeur négative comprise dans le passif du patrimoine d'une autre personne » (142). En conséquence, à l'égard d'un droit réel, chacun est tenu de le respecter, mais *personne ne peut être contraint à un acte positif en sa faveur*; son titulaire ne peut exiger d'autrui qu'une simple abstention.

Or, nous disons qu'une telle affirmation est en contradiction avec les conséquences logiques de l'article 1743, tel qu'il est appliqué.

a) En premier lieu, en effet, si ce texte consacrait un droit réel au profit du preneur, celui-ci, par contre, ne pourrait plus exiger de la part du vendeur qu'il continue à entretenir les clauses du bail. Or, ce pouvoir lui est accordé générale-

(142) Bonnecase, Précis II, n° 22.

ment. C'est d'abord l'avis de Lépargneur (143). Il l'appuie sur le fondement qui, selon lui, doit être attribué à la disposition de l'article 1743. Cette disposition, en effet, s'expliquerait par une stipulation pour autrui; « le vendeur stipule de l'acquéreur, nous dit cet auteur, que celui-ci remplira les obligations dérivant du bail au profit du locataire, et celui-ci se trouve par là-même investi d'un droit propre à l'encontre de l'acquéreur... Mais il faut bien remarquer que la stipulation pour autrui n'est admise que dans l'intérêt du bénéficiaire. Elle ne peut qu'augmenter l'étendue de ses droits, sans jamais pouvoir avoir pour résultat de les restreindre. Il en résulte que si les obligations dérivant du bail incombent dorénavant à l'acquéreur, elles continuent néanmoins à peser sur le vendeur. Il y a bien transport de dette, mais ce transport, comme tout transport de dette dérivant d'une stipulation pour autrui est cumulatif et non pas privatif ». C'est ensuite l'avis de de Juglart (144). Mais, pour ce dernier, il n'est pas besoin de recourir à l'idée de stipulation pour autrui pour expliquer la disposition de l'article 1743; elle s'expliquerait plus simplement par l'intention du législateur de renforcer purement et simplement « le droit personnel du locataire pour la sauvegarde même du crédit ». De plus, pour de Juglart, il n'y a pas, en l'espèce, transport de dette. « Reconnaissons plutôt, dit-il, que l'acqué-

(143) Lépargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier de contrats générateurs d'obligations : *Rev. trim.* 1924, pp. 547-557.

(144) De Juglart, *Obligation réelle et servitudes en Droit privé français*. Thèse Bordeaux 1937, p. 320.

reur est tenu, par suite de son acquisition, d'une obligation distincte de celle de son auteur, vis-à-vis du locataire de l'immeuble vendu ». Cette dernière remarque nous paraît tout à fait pertinente. Il ne peut s'agir ici d'un transport de dette. Au demeurant, cette institution est complètement inconnue de notre Droit, et, de plus, elle implique l'objectivation du droit personnel; avec elle, en effet, la personne du débiteur n'importe plus dans le rapport obligatoire et « c'est, comme le dit Gaudemet (145), le patrimoine qui doit au patrimoine, le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens ». Cette conception fausse absolument la notion d'obligation; il n'est jamais permis de dire que la dette est impersonnelle. Au contraire, si, dans le rapport obligatoire, la personne du créancier importe peu, celle du débiteur, au contraire, est tout, et la mettre de côté, c'est nier proprement le rapport lui-même. Par conséquent, aucun transport de dette ne saurait exister. C'est véritablement une nouvelle et différente obligation que crée l'article 1743. Cette indépendance implique aussi le rejet de l'idée de stipulation pour autrui, idée, d'ailleurs, que Gény avait, avant que Lépargneur ne la reprenne, fortement critiquée (146). Le fondement que propose de Juglart à sa place, est, en lui-même, véridique, mais il a besoin d'être approfondi, afin de marquer l'importance du facteur intérêt dans l'esprit des locataires; c'est ce que nous ferons en conclusion.

Il n'en reste pas moins vrai que le preneur peut.

(145) Gaudemet, Etude sur le transport des dettes à titre particulier. Thèse Dijon, 1898.

(146) Gény, Revue critique 1899, p. 464.

s'il a quelque raison spéciale de le faire, s'adresser à son co-contractant primitif plutôt qu'à l'acquéreur. « Tel serait le cas si l'acquéreur venait à devoir au locataire une somme importante, soit à titre d'indemnité en raison d'un sinistre causé par la négligence du nouveau propriétaire. Si ce dernier se trouve insolvable, le locataire a évidemment tout intérêt à s'adresser au bailleur primitif. Mais il semble bien qu'il ne faille pas s'en tenir là. Le locataire est toujours en droit, pour réclamer l'exécution du contrat, de s'adresser à son premier bailleur, pour des raisons dont il est seul juge. (En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du contrat de louage, 3^e éd., 1906, t. I, p. 761, n° 1318). Nous ne connaissons pas de jurisprudence française qui ait eu l'occasion de s'y conformer, mais on peut citer en ce sens un jugement du tribunal supérieur de Carlsruhe, du 6 décembre 1895 (Pasicr. 1896, 4, 97). » (147).

b) Avec la réalité du droit du preneur, l'acquéreur, pas plus que le vendeur, ne devrait jamais être tenu d'un fait positif. Seule, une simple abstention pourrait être exigée de lui. Autrement dit, si l'article 1743 implique pour lui l'obligation de ne pas expulser le locataire, celui-ci ne peut jamais le contraindre à recueillir la charge des obligations dérivant du bail (148). Or la pratique est en sens

(147) Lépargneur, *op. cit.* Rev. Trim. 1924, pp. 551-552.

(148) Cette déduction, pour Lépargneur (Rev. Trim. 1924, p. 548, note 2) ne semble pas s'imposer parce que Troplong, partisan de la réalité, admet la transmission des obligations du bailleur, tandis qu'Aubry et Rau, personnalistes convaincus, soutiennent que l'acquéreur est seulement astreint à laisser le locataire en possession. Cette constatation n'est pas déterminante et nous paraît n'influer en rien sur la valeur du raisonnement.

contraire. Elle considère que toutes les obligations dérivant du bail sont transmissibles à l'acquéreur. L'arrêt de la Cour de Rouen du 15 mars 1869 (149) voit d'ailleurs une véritable subrogation dans cette mesure. « Attendu, dit-il, que la loi a véritablement subrogé l'acquéreur au vendeur, en lui imposant l'accomplissement d'une obligation personnelle de celui-ci envers le preneur ». Quant à l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 25 avril 1893 (150), il pose le principe en ces termes : « Attendu que le demandeur en cassation, propriétaire actuel des locaux litigieux et ayant cause direct des auteurs du bailleur du défendeur éventuel, a succédé à leurs obligations à son égard ». Et l'arrêt de la Cour de Paris du 4 juin 1859 (151) a, avant la lettre, tiré une application de ce principe, en admettant que la clause d'un bail portant que le bailleur s'interdit, sous certaines conditions, de donner congé au locataire, et de ne pas augmenter le prix de la location, est valable, et peut être opposée à l'acquéreur de l'immeuble dont font partie les lieux loués.

Il nous est permis de dire, en définitive, que le droit du preneur n'est pas, au résultat d'une saine interprétation des textes légaux, un droit réel (152).

(149) *D.*, 1871, 2, 78.

(150) *D.*, 1893, 1, 287, *S.*, 1893, 1, 464.

(151) *D.*, 1859, 2, 116.

(152) La discussion a pris un nouveau rebondissement avec les droits reconnus au locataire commerçant par les lois du 30 juin 1926 et du 13 juillet 1933. On s'est demandé (V. Jauffret et Demontès : Code de commerce annoté sous l'art. premier de la loi du 30 juin 1926, n° 9), si la propriété commerciale ne constituerait pas un droit réel sur l'immeuble loué, droit réel qui porterait sur la clientèle et l'achalandage. La jurisprudence s'est prononcée pour la

C'est un *droit de créance chirographaire*. Mais ce droit de créance a ceci de commun avec le droit réel qu'il porte sur un objet individualisé; doctrine et jurisprudence, au reste, ont été longues à comprendre que l'objet d'un droit de créance pouvait être individualisé. Par suite, dans la classification des créances chirographaires que nous avons donnée au début, la créance du preneur rentre dans la catégorie des créances à gage individualisé. Le locataire ou fermier est donc, étant donné la personnalité de son droit, dans la meilleure situation possible; au lieu de se trouver face au patrimoine de son débiteur considéré dans son ensemble, ou même face à une quote-part de ce patrimoine, il a un droit de regard personnel sur un élément individualisé (153). Au surplus, nous avons constaté que, parfois, la personnalité est plus favorable au preneur que la réalité : ainsi, il peut obliger l'acquéreur à entretenir toutes les clauses du bail.

De ces conclusions, nous pouvons déduire définitivement que, si le preneur n'a jamais la possession même partielle de l'immeuble et s'il doit toujours être considéré comme un détenteur, *sa détention se présente comme l'accessoire d'une créance dont le législateur a entendu renforcer la position*. Par suite, cette détention, elle-même, mérite d'avoir une situation favorisée; cela, au demeurant, ne fera que contribuer à la reconnaissance, dans le domaine juridique, de l'intérêt que le preneur porte à la

négative : le droit du locataire évincé est un droit personnel à faire valoir contre le bailleur et non contre le propriétaire (Trib. civil d'Alençon : 17 juillet 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, 2, 912; Paris, 11 janvier 1930, *D. H.*, 1930, 153).
(153) Bonnetcase, *Précis* II, n° 62.

chose. Si cet intérêt est reconnu, cela aura, d'ailleurs, des conséquences économiques heureuses. Il est manifeste que si le fermier et le locataire (nous pensons surtout au locataire d'un immeuble à usage commercial ou industriel) ont la possibilité de demeurer en place autant que leur bail le leur faisait primitivement espérer, ils feront plus facilement les frais d'une exploitation durable. De toutes ces idées, la jurisprudence a, du reste, fait une application particulière lorsque des voies de fait ont été commises contre la chose détenue (154).

b) *La situation du créancier gagiste*

Nous avons vu (155) que la doctrine classique s'est arrêtée, d'une façon générale à la conception suivante : le gagiste est détenteur quant au droit de propriété et possesseur quant au droit réel de gage. Cette conception est exacte en elle-même, mais elle appelle quelques observations destinées à déterminer la nature exacte de la détention et de la possession du créancier gagiste.

I. — LA DÉTENTION DU CRÉANCIER GAGISTE

a) *Le créancier gagiste est un détenteur.* Cette qualité est celle qui, du moins jusqu'à l'échéance, apparaît avec le plus de force. Le gagiste, en effet, ne prétend pas à la propriété de la chose. Il détient pour le compte du constituant qui conserve la possession de la chose envisagée dans son individualité. A certains égards même, il apparaît être un détenteur pur comparable au dépositaire, car il n'entend pas, comme le locataire ou le commoda-

(154) V. *infra*, pp. 322 et s.

(155) *Supra*, p. 79 et s.

taire, user de la chose dans son intérêt propre (art. 2079, 2082 C. civ.) ; il ne peut pas non plus en jouir et s'approprier les utilités qu'elle comporte.

b) Mais le gagiste a cependant un *intérêt personnel* à détenir l'objet de son gage. Certes, cet intérêt ne vient pas du fait que la détention est l'accessoire d'une créance du détenteur contre le possesseur. Parfois, une semblable créance existe, au cas d'imixtions par exemple, mais alors elle est indépendante de la détention du gagiste : « la remise de la chose aux mains du créancier n'est pas ici la conséquence naturelle et nécessaire de l'obligation du débiteur », remarque très justement Quincardet (156).

L'intérêt que le gagiste porte à la chose se présente d'une autre manière : il la détient pour son propre compte, en ce sens qu'il *entend éviter toute mainmise étrangère dont elle pourrait être l'objet*. Autrement dit, tout ce qu'il fait sur elle, ce sont des actes de conservation. Mais alors que, dans le cas du dépôt par exemple, ces actes sont effectués dans l'intérêt principal du possesseur, ici, au contraire, ils sont accomplis dans l'intérêt principal du détenteur. Comme le dit très justement Becqué, (157), « le créancier détient (au sens physique) la chose non pour l'utiliser à son profit comme le propriétaire ou l'usufruitier, mais pour en empêcher le détournement jusqu'à la vente et assurer son paiement préférentiel ». C'est, en effet, ce but qui détermine l'intérêt chez ce créancier : il ne conserve la chose qu'en vue de s'en approprier la valeur pécuniaire à l'échéance.

(156) Quincardet, thèse, p. 311.

(157) Planiol, Ripert et Becqué, XII, p. 188, n° 107.

II. — LA POSSESSION DU CRÉANCIER GAGISTE

C'est cette valeur pécuniaire qui se trouve au fondement même de l'existence du gage. Et de même qu'elle est à la base de l'intérêt du gagiste en tant que détenteur, elle est à la base de sa possession. Mais il faut nous expliquer.

La doctrine classique estime que le créancier gagiste a la possession de son droit réel de gage. Nous savons d'autre part, et ceci ne peut être contesté dans la conception subjective, que la possession d'un droit réel quel qu'il soit, doit être entendue comme l'exercice de fait de ce droit. Pour accepter la proposition classique, il faut donc : 1. Démontrer l'existence du droit réel de gage ; 2. Savoir en quoi peut consister l'exercice de fait de ce droit.

a) Nous n'entendons pas reprendre à cette place toutes les controverses auxquelles *la nature du droit de gage* a donné lieu. Nous voulons simplement savoir dans quelle catégorie ce droit entre à l'intérieur de la classification générale des droits que nous avons donnée au début. A cet égard, nous ne pouvons faire mieux que de reproduire les développements que Quincardet a consacrés à la question dans sa thèse de doctorat. « En définitive, écrit cet auteur à la fin de son exposé (158), c'est encore ici à la réalité économique que le droit a pour but de traduire qu'il faut faire appel pour déterminer la nature du droit de gage.

Or, il est évident que nous nous trouvons à ce point de vue en présence dans le gage de meubles corporels, de l'appropriation éventuelle par une

(158) Quincardet, thèse, p. 430 et s.

personne (le créancier) de la valeur pécuniaire d'une richesse mobilière en vue d'assurer l'exécution par une autre personne (le débiteur) du service auquel elle est tenue envers la première ou à défaut de cette exécution de procurer à celle-ci l'équivalent en valeur dudit service. En d'autres termes, il y a là une application de la notion de droit réel de garantie ou du second degré telle qu'elle a été définie plus haut.

Nous savons que les droits réels de garantie ont pour objet par delà l'individualité organique de la chose, l'appropriation totale ou partielle de la valeur économique de celle-ci en sorte que leur titulaire a le droit exclusif de s'attribuer à concurrence de sa créance la valeur en argent provenant de la vente de la chose; et de poursuivre lui-même cette vente pour parvenir à cette attribution. C'est bien là la situation dans laquelle se trouve le créancier gagiste, puisque la valeur de ce meuble est affectée d'une manière directe et spéciale au paiement de sa créance et qu'aux termes de l'article 2073 du Code civil, le gage lui confère « le droit « de se faire payer sur la chose qui en est l'objet « par... préférence aux autres créanciers ».

« Cette appropriation de la valeur économique de la chose... se traduira pratiquement pour le créancier gagiste par le droit de poursuivre lui-même à l'échéance la vente de la chose dans les formes légales, en vue d'extraire en quelque sorte de celle-ci la valeur économique qu'elle représente et d'opérer alors sur le prix ainsi obtenu le prélèvement de la partie de cette valeur qui lui est affectée, qui lui appartient dès la constitution du gage, sans pouvoir à ce moment-là prétendre s'approprier la chose elle-même considérée dans son individua-

lité organique et dans ses utilités matérielles ».

Nous constatons en définitive que le droit de gage est un droit réel, mais un *droit réel de garantie* ou droit réel du second degré.

..b) La doctrine classique s'en était déjà rendu compte puisqu'elle qualifiait le droit de gage de droit réel accessoire; mais elle avait tort d'employer cette expression parce qu'elle faisait ainsi prédominer le fait pour le gage d'être l'accessoire d'une créance sur le caractère essentiel de cette institution qui est d'être l'affectation d'une chose à la sûreté, à la garantie d'une créance et la possibilité de se payer sur cette chose par préférence.

De plus, la doctrine classique ne s'était pas expliquée sur la possession du gagiste, en ce sens qu'elle ne nous avait pas indiquée en quoi pouvait consister la possession d'un droit réel de garantie. Sans doute cette possession existe-t-elle puisque le droit réel lui-même existe, mais *peut-on véritablement parler d'exercice de fait d'un droit réel du second degré et comment se manifeste-t-il?*

Il est un point certain, d'ordre négatif. L'exercice de fait du droit de gage ne peut pas être l'équivalent de celui d'un droit réel principal (droit de propriété ou droit réel démembre). La possession du gagiste, à l'encontre de celle de l'usufruitier par exemple, ne peut pas avoir pour objet la jouissance et l'usage de la chose (159), nous le savons déjà. Donc en quoi peut-elle consister? Il nous faut, une fois de plus, nous en référer au but social et économique de l'institution du gage. Celui-ci vise à garantir une créance par l'affectation d'un bien

(159) Sous réserve, toujours, de l'application de l'art. 2.071 C. civ.

mobilier au paiement de la dette; ce paiement se fera par prélèvement sur la valeur pécuniaire de l'objet du gage, telle qu'elle apparaîtra à l'échéance après sa réalisation. Par suite, ce que le gagiste entend posséder, ce n'est ni la chose considérée dans son individualité, ni les utilités de cette chose; *ce ne peut être que la valeur pécuniaire incluse en elle.* Mais puisque cette valeur pécuniaire n'apparaît matériellement qu'à l'échéance, avant celle-ci, la possession du gagiste ne peut être qu'une possession à l'état potentiel; remarquons aussi que c'est aussi une possession éventuelle en ce sens qu'elle pourra ne pas se manifester autrement qu'en puissance, si le gage ne se réalise pas, c'est-à-dire si le débiteur s'acquitte de sa dette à l'échéance. Cette conception a été développée avant nous par Quincardet (160) qui s'exprime ainsi : « Dès avant l'échéance, c'est cette valeur incluse dans la chose, affectée à la sûreté de sa créance et objet de son droit réel du second degré, qu'il (le créancier gagiste) entend sauvegarder des atteintes des tiers comme de celles du débiteur, dont il entend faire respecter l'affectation, envers et contre tous, en conservant la chose. C'est elle en définitive qu'il possède, de même que le titulaire apparent d'un droit réel principal démembré de la propriété possède la partie des utilités matérielles de la chose qui fait l'objet de ce droit. »

En définitive, nous pouvons donner de la situation du gagiste la formule suivante : *le créancier gagiste est détenteur de la chose envisagée dans son individualité matérielle; il est possesseur de la va-*

(160) Quincardet, thèse, p. 315 et s.

leur pécuniaire qui y est incluse, en tant que l'appropriation de cette valeur pécuniaire constitue l'objet de son droit réel de garantie.

c) *La situation du rétenteur*

Cette situation présente une certaine analogie avec la précédente, en ce sens que créancier gagiste et rétenteur détiennent la chose dans le même but : obtenir, grâce au fait de leur détention, le paiement de la créance qui leur est due. Mais l'analogie ne va plus loin car, à aucun égard, le rétenteur ne peut être considéré comme un possesseur.

Le rétenteur, en premier lieu, n'a pas un droit réel ; il ne saurait donc prétendre le posséder. Cette opinion est en contradiction, nous l'avons déjà remarqué (161), avec une certaine doctrine, mais celle-ci ne saurait être acceptée. Il est, en effet, impossible de faire entrer le droit de rétention tant dans les droits réels du premier degré que dans les droits réels du second degré. « La question est évidente, déclare M. Bonnecase (162), pour les droits réels principaux, qui ont pour expression le pouvoir du titulaire d'user directement de la chose ou, si l'on préfère, de l'utiliser matériellement dans son individualité organique. Cela n'est pas moins exact, continue-t-il, des droits réels du second degré, puisque ceux-ci, par delà l'individualité organique de la chose, visent à l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique et ont le moyen d'y parvenir en recourant à la vente. Rien de tout cela dans le droit de

(161) *Supra*, p. 65.

(162) Bonnecase, Précis II, n° 102.

rétention dont le titulaire demeure expectant en face de la chose ».

Le rétenteur, par conséquent, ne peut avoir qu'un droit personnel ou un droit « sui generis ». Or, on ne peut considérer le droit de rétention comme un droit de créance, « puisqu'il vient précisément donner une physionomie particulière à la créance chirographaire qui en est pourvue ». Il faut donc conclure que c'est un droit « sui generis » constitutif d'une institution spéciale et autonome. « Si, dès lors, termine M. Bonnecase, on veut définir la créance chirographaire, qui se trouve éventuellement munie du droit de rétention, on ne trouve qu'une explication : il s'agit là d'une créance chirographaire à gage individualisé » (163).

En deuxième lieu, le rétenteur ne peut avoir, en conséquence, que la détention du bien qu'il retient. Mais *cette détention est intéressée*. Remarquons d'abord que, comme celle du locataire, elle se présente comme l'accessoire d'une créance : elle naît même, uniquement à raison de la préexistence de cette créance. D'autre part, le rétenteur a un intérêt personnel évident à exercer sa détention. Tout comme le gagiste, en effet, s'il ne lui est pas reconnu le droit d'user et de jouir de la chose, il accomplit cependant sur elle des actes de conservation dans le but d'éviter tout détournement. Il est, de plus, de la dernière importance pour lui de maintenir sa mainmise sur la chose, car c'est le seul moyen de contrainte dont il dispose à l'égard du débiteur pour le forcer à

(163) Bonnecase, Précis II, n° 102 *in fine*.

s'acquitter. Le rétenteur, même, doit exercer sa détention avec un soin encore plus jaloux que le gagiste, car il n'a pas, comme lui, le droit de suite. Ce dernier, en effet, sous réserve de l'application de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre », peut exercer ce droit lorsqu'il a perdu le corpus de sa détention. Il n'en est pas de même du rétenteur qui est démuní, dans ce cas, de tout moyen de poursuite.

d) *La situation du créancier antichrésiste*

Nous avons vu (164) que l'incertitude la plus grande régnait dans la doctrine sur la nature du droit de l'antichrésiste et qu'elle rejaillissait sur la situation de ce créancier au regard des notions de possession et de détention. Dans la conception la plus généralisée cependant, l'antichrèse confère un droit réel et, en conséquence, son titulaire peut en avoir la possession.

A notre avis, il est nécessaire de faire une distinction fondée sur la différence de nature entre les divers droits spéciaux auxquels donne lieu le droit d'antichrèse. Nous savons, en effet, que ce droit permet de jouir de l'immeuble qui en fait l'objet et d'en tirer des revenus à charge de les imputer sur les intérêts ou même le capital de la créance, et qu'il permet aussi de retenir l'immeuble jusqu'à complet paiement de cette créance. Donc, d'un côté, droit de jouissance analogue au droit réel d'usufruit, de l'autre droit de rétention. Par conséquent, lorsque le droit d'antichrèse se

(164) V. *Supra*, p. 85 et s.

réfère à l'immeuble pris en lui-même, il ne confère qu'un *droit de rétention*; l'antichrésiste ne peut donc, sous ce rapport, n'être qu'un détenteur intéressé, comme tout rétenteur. Mais, en ce qui concerne la jouissance de l'immeuble, il en est autrement. Le créancier antichrésiste perçoit les revenus pour son propre compte et, à ce titre, il a un *droit réel qu'il possède*. Nous voyons donc que le droit d'antichrèse est un droit complexe, « au sein duquel, constate M. Bonnecase, il faut distinguer un droit réel sur les revenus d'un immeuble, droit dérivant encore une fois de la vente à livrer des revenus et puis un droit de rétention gravant l'immeuble » (165).

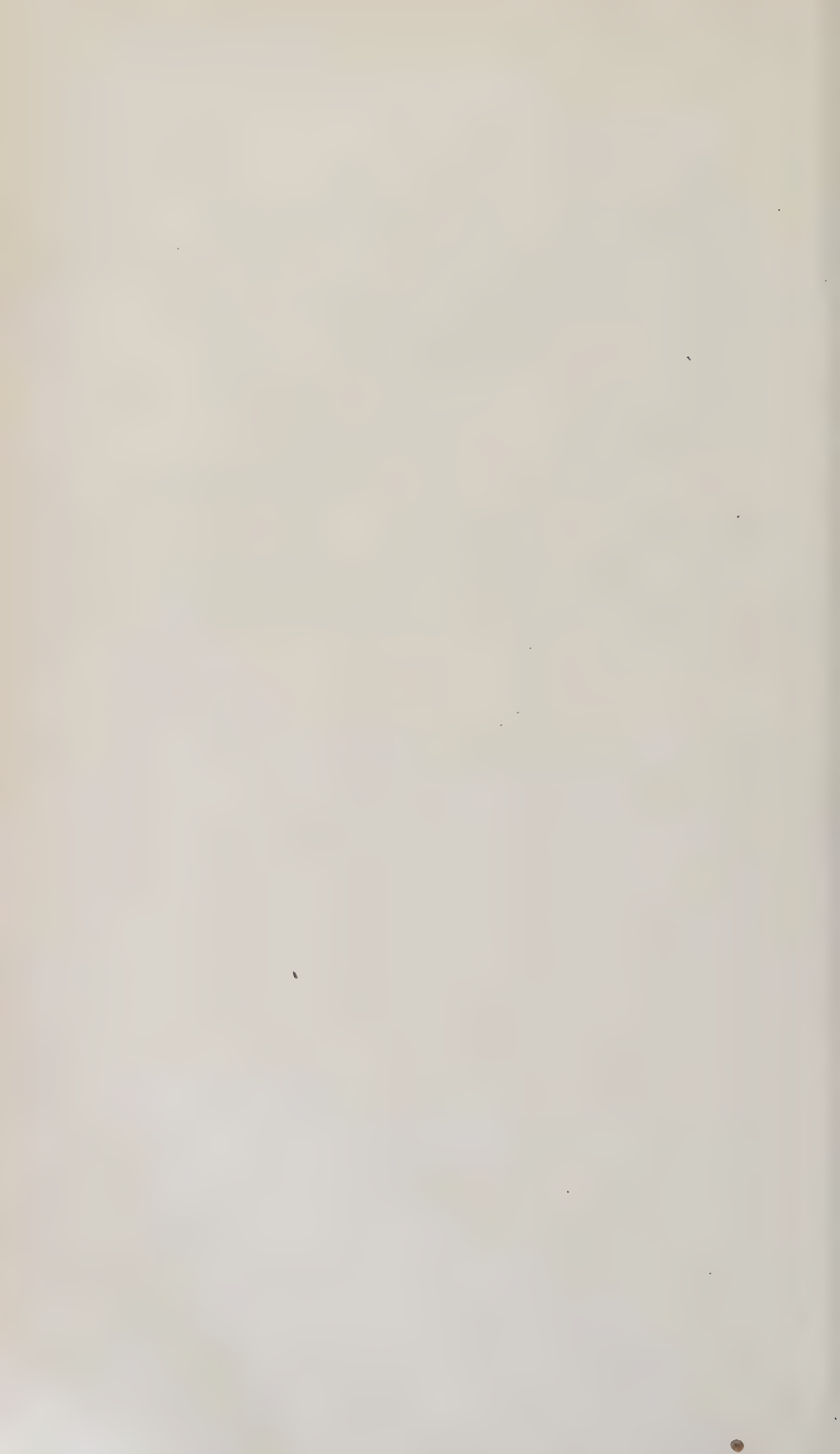
CONCLUSION

Nous avons ainsi terminé l'étude des éléments constitutifs du rapport de détention. Nous avons pu constater que si, d'une manière générale, l'accord s'est fait sur la nature de l'élément corporel, des controverses infinies se sont données libre cours au sujet de la nature de l'élément intentionnel. Nous nous sommes efforcé, sans peut-être y parvenir toujours, de dégager, à la lueur des principes juridiques et des textes du Code civil, une conception française en la matière. L'aboutissement de cette étude a été la défense du point de vue subjectif et juridique : la détention existe lorsque l'intention de son titulaire est de reconnaître la propriété d'autrui. Mais nous avons insisté sur le point, capital à notre sens, de la di-

(165) Bonnecase, Précis II, n° 829.

versité de caractère de cette intention et montré son double aspect. Si, au regard de la propriété, l'animus du détenteur est toujours identique, il se distingue, lorsqu'il s'agit du fait de la détention prise en elle-même et du but poursuivi par son titulaire. Nous avons noté que celui-ci exerce, dans certains cas, ce fait principalement dans l'intérêt d'autrui, mais que, dans d'autres, au contraire, il l'accomplit pour son propre compte.

Et, en définitive, la détention peut être définie *un fait volontaire licite qui consiste à accomplir sur une chose des actes de transformation, d'usage ou de jouissance dont l'exercice ne peut entraîner aucun changement dans l'état préexistant du droit de propriété mais peut présenter un intérêt propre pour son titulaire.*



DEUXIEME PARTIE

LA DETENTION, FAIT GENERATEUR D'EFFETS DE DROIT

La première partie de notre étude a été consacrée à la recherche en Droit français d'une notion de la détention considérée dans ses éléments constitutifs. Nous nous sommes arrêté, malgré les critiques auxquelles elle a donné lieu, à une notion subjective, et le critérium de distinction entre possession et détention doit être, selon nous, un critérium fondé sur une différence d'*animus* chez le sujet considéré. Cette notion de la détention ainsi conçue doit être maintenant envisagée à un point de vue différent, au point de vue des effets juridiques qu'elle peut comporter. La détention, en effet, est un état de fait; sa notion ressortit au domaine du fait. Tout comme la possession, d'ailleurs, du moins dans la conception courante. Mais celle-ci est ordinairement reconnue comme un fait générateur d'effets de droit, comme un fait juridique (166). A cet égard, il nous pa-

(166) Sur la reconnaissance de la possession comme fait juridique, voyez : Ferradou, *Du rôle de la possession en Droit privé français*; thèse, Bordeaux, 1928, p. 143.

rait bon de donner immédiatement une *définition exacte du fait juridique*, car cette notion va dominer tout ce qui va suivre. « La notion de fait juridique, nous dit M. Bonnecase (167) est susceptible de revêtir un sens général et un sens spécial. Dans le premier sens, elle englobe la notion d'acte juridique. Le fait juridique sert alors à désigner un événement engendré par l'activité humaine ou purement matériel pris en considération par le Droit pour en faire dériver à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes un état, c'est-à-dire une situation juridique générale et permanente ou, au contraire, un effet de droit limité. Mais le plus souvent l'expression, fait juridique, est employée avec son sens spécial et par opposition à l'acte juridique. On vise en ce cas soit un événement purement matériel, tel que la naissance ou la filiation, soit des agissements plus ou moins volontaires, mais dont l'auteur n'a nullement eu le dessein de se placer à leur occasion sous l'empire du Droit... L'acte juridique, continue cet auteur, est à l'opposé du fait juridique, une manifestation extérieure de volonté bilatérale ou unilatérale dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle de droit, à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit ». La possession, nous le répétons, s'intègre dans le fait juridique volontaire licite; c'est pourquoi, d'ailleurs,

(167) Bonnecase, Introduction, n° 55 et s.

lui donne-t-on souvent le qualificatif de juridique. On parle ainsi de possession juridique pour la distinguer de la possession physique ou possession « lato sensu », terme qui englobe celui de détention.

La notion de détention, en effet, s'opposerait à la notion de possession juridique en ce qu'elle n'aurait jamais droit à la reconnaissance du Droit; cela, du moins, dans la doctrine classique. C'est d'ailleurs principalement pour combattre ce résultat que des doctrines adverses sont apparues. Les partisans de l'École scientifique aussi, s'ils acceptent généralement les données classiques, estiment que le gros défaut de la conception subjective est de laisser, hors du domaine du Droit et de la protection juridique, des individus chez qui rien, au point de vue rationnel, n'interdit d'y accéder.

Nous nous proposons, dans cette seconde partie, de rechercher si la conclusion classique est inéluctable lorsqu'on part des prémisses de la théorie subjective; *notre but est précisément de démontrer que, sous certaines réserves, la détention est une notion juridique, ayant droit à une protection juridique spéciale.* Mais auparavant, il nous faut exposer les arguments des auteurs classiques en faveur de leur conception et les recherches qui ont été faites en vue d'étendre la protection possessoire à certaines catégories de détenteurs, tout au moins à certains individus qui ne prétendent pas exercer un droit réel sur la chose.

TITRE PREMIER

La détention, simple fait matériel

(Conception classique.

Extensions doctrinales et jurisprudentielles).

CHAPITRE PREMIER

LA POSITION NEGATIVE DES AUTEURS CLASSIQUES AU REGARD DES EFFETS JURIDIQUES DE LA DETENTION

Les auteurs classiques adoptent une position absolument nette et catégorique en ce qui concerne les effets juridiques du rapport de détention : ils sont inexistants. Ce rapport ne saurait en avoir : il s'oppose, en premier lieu, à la possession et ne peut, en conséquence, en avoir les effets; il est, en deuxième lieu, un simple rapport de fait, purement matériel, et il est seulement l'occasion, et non la cause, des effets particuliers qu'il paraît comporter.

SECTION PREMIÈRE

LA DÉTENTION ET LES EFFETS JURIDIQUES DE LA POSSESSION

§ 1^{er}. — LES EFFETS JURIDIQUES DE LA POSSESSION

Avant de rechercher si la détention peut avoir les effets juridiques de la possession, il nous paraît bon de rappeler auparavant quels sont les effets qui sont traditionnellement attachés à ce dernier rapport.

I. — Remarquons, pour commencer, avec Aubry et Rau (168), que l'unique effet que la possession produise immédiatement, et par elle-même, est d'engendrer en faveur du possesseur une *présomption légale du droit de propriété*. Cela n'est pas fait pour nous surprendre. L'intention du possesseur est, en effet, de se comporter comme le titulaire d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel; il est naturel de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que cette intention est conforme à la réalité. La possession donne donc au possesseur le rôle de défendeur dans le procès en revendication. C'est au revendiquant à établir son droit de propriété. Cet avantage pour le possesseur est considérable, car si le demandeur n'est pas capable de prouver son droit de propriété, chose toujours très difficile, c'est le défendeur qui obtient gain de cause.

II. — Tous les autres effets confiés à la possession nécessitent que ce fait se présente avec des caractères spéciaux. Le Droit, en effet, peut

(168) Aubry et Rau II, p. 139 et s., § 182, 5^e éd.

parfaitement exiger que les faits matériels se présentent sous une certaine forme pour les reconnaître comme faits juridiques; il en est ainsi de la possession. Avec ces caractères dont nous dirons quelques mots, la possession : 1° permet l'acquisition de la propriété; 2° est protégée pour elle-même.

1° *La possession, dans trois cas différents, conduit à la propriété.*

En premier lieu, lorsqu'elle porte sur des choses sans maître, elle en entraîne l'acquisition immédiate par occupation.

En deuxième lieu, la possession des immeubles peut faire acquérir la propriété au possesseur par usucapion. Certaines qualités sont requises de la possession pour qu'elle conduise à la prescription et elles sont énumérées dans l'article 2229 : « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ». En réalité, de ces conditions, quatre seulement se réfèrent, d'une façon exacte, à des qualités de la possession et à l'absence de vices de la possession : ce sont celles qui visent le caractère continu, paisible, public et non équivoque de la possession; quant à l'intention de se comporter comme propriétaire, c'est, dans notre droit actuel, un élément essentiel de la possession. Les conditions exigées par l'article 2229 pour que la possession conduise à la prescription sont requises quelle que soit la prescription acquisitive invoquée : celle de trente ans de l'article 2262, ou celle de dix à vingt ans de l'article 2265 (169).

(169) Nous ne faisons pas une étude détaillée des vices de la possession. Elle serait inutile parce qu'elle déborde-

En troisième lieu, la possession des meubles corporels crée au profit du possesseur, une présomption de propriété. C'est ce que l'article 2279 du Code civil expose dans la formule « En fait de meubles, possession vaut titre ». Cette règle n'est applicable que sous réserve de la réunion des conditions suivantes. On doit tout d'abord exiger une possession réelle et effective : le possesseur doit avoir réellement la chose en mains et sous sa puissance. Il faut ensuite d'après l'opinion consacrée par la jurisprudence, que les conditions requises par l'article 2229 du Code civil, sauf naturellement celles qui se rattachent à la durée de la possession, c'est-à-dire la continuité et la non-interruption soient remplies; la possession doit être paisible, publique et non équivoque. Elle doit être aussi à titre de propriétaire, puisque l'*animus domini* doit être considéré, non pas comme un caractère de la possession nécessaire pour conduire à la prescription, mais comme un élément essentiel de la possession elle-même. Enfin, le possesseur doit être de bonne foi pour bénéficier de l'article 2279. Cette condition est exigée par l'article 1141 qui n'est qu'une application particulière du principe consacré par l'article 2279 alinéa premier. Elle consiste en la croyance que le transfert de la chose a dû emporter transfert du droit de propriété (170).

rait trop du cadre de notre sujet et qu'elle ne ferait que répéter inutilement ce que l'on trouve dans tous les ouvrages.

(170) On parle souvent d'un autre effet de la possession : elle permettrait de faire gagner les fruits au possesseur, lorsqu'il est de bonne foi (art. 549 et 550 C. civ.). Nous n'en faisons pas mention, car nous estimons que la cause

2. *La possession est protégée pour elle-même* sans tenir compte de l'existence réelle du droit dont elle est l'exercice, lorsque ce droit est un droit réel immobilier. Cette protection se réalise par le maintien du possesseur en possession au cas de trouble et par sa réintégration au cas de dépossession. Les deux grandes actions possessoires sont par suite la complainte et la réintégrande. « La complainte est l'action possessoire qui est accordée à celui qui est troublé dans la possession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, à l'effet de faire cesser le trouble et de se faire maintenir dans la possession » (171). Le trouble qui donne ouverture à l'action est un trouble de fait ou bien un trouble de droit. On entend par trouble de fait « toute agression matérielle dirigée contre la possession, et de nature à contredire cette possession... Le trouble de droit est celui qui résulte, soit d'une contestation judiciaire élevée sur la possession, soit d'un acte extra-judiciaire par lequel une personne s'arroge la possession d'un fonds détenu par autrui, ou manifeste une prétention contraire à la possession d'autrui (172). La réintégrande sert à faire remettre en possession le possesseur injustement dépouillé par voie de fait. A l'encontre de la complainte par conséquent, cette action ne peut être intentée qu'au cas de dépossession, et cette dépossession doit même provenir de voies

de cette acquisition réside moins dans la possession que dans la perception des fruits faite de bonne foi (en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription n° 237).

(171) Fuzier-Hermann, Répertoire du Droit français; v° Action possessoire, n° III.

(172) *Ibid.*, n°s 114 et 119.

de fait ou de violence qui soient d'une nature assez grave pour compromettre la paix publique. A côté de ces deux actions possessoires, on en cite traditionnellement une troisième, la dénonciation de nouvel œuvre. A la vérité, cette dernière n'est qu'une variété de la complainte; elle suppose en effet un trouble d'une nature particulière, consistant en un « nouvel œuvre », c'est-à-dire dans des travaux de construction, de réparation ou de démolition effectués par un tiers sur le bien possédé. Aussi ne ferons-nous mention, d'une façon générale, que de la complainte et de la réintégrande. Ces actions s'opposent aux actions pétitoires, c'est-à-dire aux actions qui portent sur le fond du droit et qui ont pour objet de protéger la propriété ou les autres droits réels.

Examinons maintenant, aussi succinctement que possible, les *conditions d'exercices des actions possessoires*. Nous nous en tiendrons pour le moment aux seules conditions relatives à la possession et aux qualités que celle-ci requiert pour autoriser l'exercice de la complainte et de la réintégrande, et nous n'entrerons pas dans les détails, car la matière est très discutée et nous aurons à reprendre ultérieurement les controverses. On considère ordinairement que les conditions requises pour exercer la complainte ne sont pas les mêmes que celles requises pour introduire une action en réintégrande. L'accord, au surplus, n'est fait que pour la complainte. Pour lui donner ouverture, la possession doit réunir toutes les qualités énumérées par l'article 2229 du Code civil aux fins de prescrire. C'est là une règle qui peut paraître contraire à l'article 23 du Code de procédure sur la possession requise pour agir au possessoire, mais

le tribun Faure a dit, dans son rapport sur le Livre premier du Code de procédure, que « pour les règles qui concernent la possession, c'est au Code civil qu'il faut se référer ». En conséquence, cette possession doit être continue, ininterrompue, paisible, publique, non équivoque et bien entendu à titre de propriétaire. Il en résulte que le Droit français ne connaît qu'une possession, la possession aux fins de prescrire; on ne peut pas dire qu'il existe une possession juridique, c'est-à-dire une possession ayant des effets dans le domaine du droit, dont les caractères seraient différents de ceux énumérés par l'article 2229. Toutefois, mais nous entrons alors dans l'incertain, il peut ne pas en être de même pour la réintégrande. Il est admis sans conteste qu'une possession violente ou clandestine ne peut servir de base à cette action, car celui qui a usé de voies de fait, ou dissimulé sa possession pour qu'on ne pût l'interrompre, ne mérite pas d'être protégé (173). La possession doit donc, de toute manière, être paisible et publique. Mais dans une première opinion, consacrée par la jurisprudence, cette double condition serait suffisante, et, en particulier, la possession n'aurait pas à être à titre de propriétaire; autrement dit, la détention suffirait (174). Dans une deuxième opinion, au contraire, la réintégrande s'opposerait à la plainte seulement en ce qu'elle nécessite une dépossession violente ou par voies de fait au lieu d'un simple trouble, mais les qualités énu-

(173) Garsonnet et Cézard-Brü : *Traité de procédure*, 3^e éd., I, n° 430; Aubry et Rau, II, p. 250 et s.

(174) Aubry et Rau, 6^e éd., II, p. 249; Planiol, Ripert et Picard, III, n° 208; Colin et Capitant, I, n° 1061 et s.

mérées par l'article 2229 seraient également exigées (175). Enfin dans une troisième opinion, l'opposition entre ces deux actions se manifesterait sur un seul autre point particulier en plus du précédent. La complainte ne peut être intentée que si la possession dure depuis plus d'un an moment où a lieu le trouble; c'est la condition d'annalité. Elle ne serait pas exigée pour la réintégrande (176).

Une dernière question se pose à nous au sujet de la protection de la possession. C'est celle de son *fondement*. Il s'agit de savoir pourquoi la protection est accordée à un état de fait, indépendamment de la question de savoir s'il correspond réellement ou non à un état de droit. Nous avons plus haut parlé incidemment de la question en recherchant le but poursuivi par le législateur dans l'élaboration des textes relatifs à la possession (177). Elle s'est présentée en Droit romain à propos des interdits possessoires, et les jurisconsultes allemands ont longuement disserté à son sujet.

Notre droit français est absolument étranger à certaines idées qui ont été ainsi soutenues. C'est ainsi qu'il n'admet nullement que le fondement de la protection possessoire réside dans la volonté du possesseur. « La volonté d'une personne juridiquement capable, écrit Puchta (178), doit jusqu'à un certain point, être reconnue en droit,

(175) Garsonnet et Cézard-Brü, I, n° 430.

(176) Glasson et Tissier, Traité de procédure civile, n° 261.

(177) V. *Supra*, p. 101 et s.

(178) : Puchta : Zu welcher Klasse von Rechtengehört der Besitz, cité par Ihering, Fondement de la protection possessoire, 1875, p. 27.

même avant d'être établie juste, précisément parce que c'est la volonté d'une personne juridiquement capable, et que dès lors il est possible qu'elle soit juste. Dans la possession se trouve par conséquent protégée la possibilité du droit, c'est-à-dire la capacité juridique, le droit de possession n'est qu'une espèce particulière de droit de la personnalité, le droit de la personnalité appliqué à la soumission des choses. » Cette conception est insoutenable. Il n'est d'abord pas vrai que la volonté soit toujours protégée comme telle. De plus, avec ce système, on ne s'explique pas pourquoi les actions possessoires ne compètent qu'au possesseur à titre de propriétaire; la volonté du détenteur devrait être aussi bien protégée. Pourquoi aussi ne pas accorder une pareille protection quand il s'agit des choses non susceptibles de possession ?

Ces deux dernières critiques s'adressent aussi bien à la théorie qu'avait soutenue Savigny (179). Pour cet auteur, le fondement de la protection possessoire réside dans l'interdiction de la violence. « La possession ne constituant pas par elle-même un droit, le trouble qu'on y apporte n'est pas, à la rigueur, un acte contraire au droit; il ne peut le devenir que s'il viole à la fois et la possession et un droit quelconque. Or c'est ce qui arrive lorsque le trouble apporté à la possession est le fait de violence : toute violence, en effet, étant illégale, c'est contre cette illégalité qu'est dirigé l'interdit ». Il est donc difficile de ne pas protéger la violence lorsqu'elle s'adresse à un détenteur, et, par contre, on se demande pourquoi le possesseur de mauvaise foi est protégé.

(179) Savigny, Possession, § 2 et 6.

A la vérité, le fondement de la protection possessoire en Droit français repose sur une double idée. C'est d'abord l'intérêt social, l'ordre public qui prohibe les usurpations et les violences commises contre les possesseurs. Cette idée répond d'une façon plus satisfaisante aux objections que nous avons formulées; « nous lui reprocherons seulement, écrivent Baudry-Lacantinerie et Tissier (180), d'être à elle seule insuffisante pour expliquer les différents effets que la loi attache à la possession; elle a besoin d'être appuivée d'une autre idée, la présomption de propriété ou plutôt, d'une façon plus générale, la présomption de légitimité du droit possédé. »

C'est d'ailleurs, selon nous, cette idée qui a particulièrement présidé à l'élaboration des textes sur la possession. En protégeant les possesseurs, nos législateurs ont eu en vue une protection facilitée de la propriété. Comme l'a fait remarquer Ihering (181) avec toute son autorité, la protection de la propriété serait insuffisante sans la protection de la possession : « La protection de la possession, dit-il, comme extériorité de la propriété, est un complément nécessaire de la protection de la propriété, une facilitation de la preuve en faveur du propriétaire, laquelle profite nécessairement aussi au non propriétaire. » La preuve de la propriété est souvent difficile à fournir et si, à chaque contestation, il fallait y recourir, les propriétaires se trouveraient souvent embarrassés. Il faut que la possession en elle-même soit protégée,

(180) Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription, n° 209.

(181) Ihering : *op. cit.*, p. 43.

au risque de faire profiter de cette protection le non-propiétaire. Cette idée a été admise chez nous par plusieurs auteurs. C'est ainsi que Troplong écrit (182) : « La possession n'est que le résultat et l'expression d'un droit plus élevé qui en est la source. Tout ce que la loi a mis en elle, c'est une présomption; ce n'est que comme fait extérieur servant de manifestation à la propriété que la possession a une valeur. Tous les effets que, par mégarde, on fait quelquefois sortir de la possession ne sont que les conséquences de la propriété présumée qu'elle signale; toutes les fois que la possession demande quelque chose à la loi, c'est à titre de propriété présumée qu'elle l'obtient. » Aubry et Rau ne s'expriment pas autrement (183) : « La possession ne constitue pas un droit « sui generis ». Ce que la loi protège et garantit, c'est bien moins la possession elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence. »

§ 2. — LA DÉTENTION N'A JAMAIS LES EFFETS DE LA POSSESSION

Le détenteur, en premier lieu, ne peut jamais acquérir la propriété; en deuxième lieu, il ne saurait avoir droit à la protection possessoire.

A. — DÉTENTION ET ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

L'opposition de ces deux termes jure quand on sait que le détenteur possède en vertu d'un titre impliquant reconnaissance de la propriété d'au-

(182) Troplong, Prescription, n° 237.

(183) Aubry et Rau, p. 108, 5^e éd.

trui. Aussi ne peut-il jamais acquérir la propriété de la chose mobilière ou immobilière qu'il a entre les mains.

I. — L'article 2279, nous l'avons vu, n'est fait que pour celui qui est possesseur cum animo domini. « Celui qui possède à titre de locataire d'emprunteur, de dépositaire ou à tout autre titre précaire ne peut pas se prévaloir de la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » (184). Le revendiquant qui veut triompher doit donc, car l'animus domini se présume (art. 2230), prouver l'existence d'un mandat, d'un dépôt ou d'un contrat quelconque, par lequel le possesseur a reconnu le droit d'autrui et s'est soumis à une obligation de restitution.

II. — Il en est de même pour les immeubles (art. 2229). L'impossibilité de prescrire est éternelle : la revendication du propriétaire est toujours possible, « etiam per mille annos », dit-on traditionnellement. Telle est la solution de l'article 2237 qui est fondée sur le principe suivant lequel le successeur universel continue la personnalité du défunt, et, par conséquent, reste tenu, comme lui, de l'obligation qui résulte du titre précaire. Les vieux auteurs citent comme exemple un arrêt du Parlement de Paris du 21 août 1551, condamnant l'évêque de Clermont à restituer à Catherine de Médicis, la seigneurie de cette ville; les représentants de l'évêché étaient en possession depuis plus de trois cents ans et s'étaient toujours comportés en propriétaires, mais on prouva que leur auteur avait détenu le bien à titre de dépôt (185).

(184) Baudry-Lacantinerie, Précis I, 1.492.

(185) Rapporté par Selosse, thèse citée, p. 101.

Toutefois la plupart des auteurs classiques s'accordent pour trouver cette règle pour le moins bizarre, sinon contraire aux données de l'économie politique et de l'équité (186). « Remarquons, disent Baudry-Lacantinerie et Tissier, qu'elle est en opposition avec l'idée mère de la prescription, qui est une institution d'ordre social, établie en vue de mettre un terme aux procès ». D'autre part Selosse écrit : « Le système du Code introduit un état d'incertitude dans la propriété, lorsque le possesseur actuel, investi après une suite de mutations à titre universel, ne peut retrouver la trace de la cause originale de la possession patrimoniale : il doit s'attendre à la production d'un titre le condamnant à la restitution. » Et cet auteur fait remarquer pour finir que la solution légale est même injuste, car elle peut frustrer des individus qui, de générations en générations ont pu cultiver, faire valoir la terre, et se verront, « etiam per mille annos », dessaisir de leur bien au profit d'un propriétaire qui sera jusqu'alors complètement désintéressé de sa terre, et qui, en contrepartie de l'augmentation de valeur à elle apportée, ne devra que le montant de la plus-value ou même seulement le montant des dépenses faites.

Cette règle légale est heureusement tempérée, il est vrai, dans ce qu'elle a de dangereux par la possibilité d'interversion du titre, possibilité qui en rend l'application fort rare. Elle n'est pas, d'autre part, valable lorsqu'on se trouve en présence, non d'un successeur universel, mais d'un successeur particulier. Alors que celui-là n'a pas un nouveau

(186) En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription, n° 324, Selosse, p. 101 et s.

titre de possession et succède aux droits tels qu'il les trouve, celui-ci, au contraire, possède en vertu d'un titre qui lui a été personnellement consenti; ce dernier titre peut donc établir un genre de possession que l'auteur n'avait pas.

B. — DÉTENTION ET PROTECTION POSSESSOIRE

Les détenteurs n'ont pas droit à la protection possessoire, du moins à celle que donne l'action possessoire-type, la complainte. Cela n'est pas fait pour nous étonner, connaissant le fondement de cette protection. *Les actions possessoires sont faites pour protéger indirectement le propriétaire et la propriété; elles ne sont donc pas faites pour qui avoue n'être pas propriétaire.* En cas de trouble, celui-ci ne peut qu'appeler le possesseur en garantie; c'est à ce dernier à intervenir. Lui seul a intérêt et lui seul est un propriétaire présumé. Les détenteurs n'ont qu'un intérêt dérivé et subordonné.

Au cas de dépossession violente ou par voies de fait, en est-il de même? Nous retrouvons ainsi une seconde fois la question des conditions d'ouverture de l'action réintégrande. Nous ne pouvons présentement que renvoyer à nos développements précédents. Nous ajouterons seulement que dans le point de vue jurisprudentiel, cette action tend à se désolidariser des autres actions possessoires et à devenir une action protectrice de la détention, dans le cas où le détenteur a été violemment dépossédé. Nous pouvons dire, en conséquence, que la véritable protection possessoire ne lui est jamais accordée..

En définitive, *la détention n'a jamais les effets juridiques de la possession, quels qu'ils soient*. Ce résultat n'est que la suite logique des prémisses posées par la théorie subjective. La détention, qui consiste à accomplir sur une chose des actes de transformation, d'usage et de jouissance, sans avoir l'intention d'exercer un droit réel, est une absence complète de possession, une négation de la possession, pourrait-on dire; elle ne saurait donc prétendre aux effets de cette dernière.

SECTION II. — LA DÉTENTION N'A PAS D'EFFETS POSITIFS PROPRES

Du fait que la détention ne procure jamais les effets de possession, il ne faut pas conclure « ipso facto » à l'impossibilité de tout effet de la détention. Celle-ci pourrait, si elle était une notion juridique autonome, bénéficier d'effets juridiques propres, différents de ceux que peut apporter la possession. Telle n'est pas la conception classique; pour elle, la détention n'a aucun effet particulier. Lorsque le détenteur paraît avoir, dans le domaine du droit, certaines prérogatives, celles-ci ne lui sont pas conférées à raison de sa détention. Tout au moins *la détention n'est que l'occasion de ces prérogatives et non leur source, leur cause*. Ces dernières résident soit dans le titre en vertu duquel le détenteur a été mis en possession soit dans l'application de certains principes généraux, soit enfin dans l'existence d'une créance au profit du détenteur.

I. — *Dans ses rapports avec le possesseur; le détenteur agit en vertu du titre qui l'a mis en possession*

Les rapports du possesseur et du détenteur sont dominés par le titre qui est à leur base. Ils sont fixés soit par la loi lorsqu'il s'agit d'une qualité soit par une convention : bail à loyer ou bail à ferme, dépôt, mandat, gage, etc... Si l'une des parties, bailleur ou fermier par exemple, transgresse les obligations qui lui incombent, le créancier lésé exercera l'action née du contrat; si le fermier refuse à l'expiration du bail, de quitter le domaine, le bailleur agira contre lui, en arguant du contrat inexécuté; il mettra en œuvre la responsabilité contractuelle de son débiteur. Sans doute, il aurait la faculté d'user de la revendication, mais il devrait alors faire la preuve de son droit de propriété : le moyen employé dépasserait le but à atteindre. De même le fermier peut mettre en œuvre la responsabilité du bailleur lorsque celui-ci n'observe pas ses obligations.

Dans tous ces cas, il est manifeste que les droits attribués au détenteur n'existent pas à raison de cette qualité, mais uniquement parce qu'il se présente en tant que locataire, usufruitier, dépositaire. Par conséquent, ces droits ne nous intéressent pas car ils ne puisent certainement pas leur cause dans la détention.

II. — *Dans ses rapports extra-contractuels, le détenteur agit à la faveur de principes généraux ou à raison d'une créance préexistante*

En plus des droits que son titre lui procure, le détenteur semble bénéficier d'autres droits que la

doctrine classique elle-même lui reconnaît. Nous voulons parler du droit de repousser les actes agressifs sur la chose, de l'exercice de la réintégrande quand les auteurs l'admettent, du droit au remboursement des dépenses faites sur la chose et des améliorations qui lui ont été apportées, enfin corrélativement à ce dernier droit, du droit de rétention. L'accord est loin d'être fait sur les modalités d'exercice de ces divers droits et sur leurs conditions d'existence; peu importe pour le moment. Il nous suffit de savoir que certains auteurs et aussi certaines décisions jurisprudentielles les reconnaissent. Nous voulons seulement rechercher quel est le fondement juridique attribué, à ces diverses prérogatives par la doctrine classique. Tous ces droits semblent en effet, à première vue, être attribués au détenteur en vertu de cette unique qualité. Les auteurs ne pensent pas ainsi. Pour eux, ils puisent leur source dans des principes d'ordre général ou dans une créance préexistante. Comme le dit Beudant (187), « ce n'est pas, à proprement parler, la détention qui procure ces prérogatives au détenteur; elle en est l'occasion, non le principe. » Pareillement, Aubry et Rau (188) écrivent : « La détention n'est cependant que l'occasion et non la cause de ces droits ». Nous proposons de rechercher à cette place quelle est leur cause véritable selon ces auteurs.

^c (187) Beudant et Voirin, IV, n° 663.

(188) Aubry et Rau, 6^e éd., II, p. 108. Adde Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription, n° 198.

a) *Le droit de repousser les actes agressifs
sur la chose*

Il est admis généralement dans la doctrine classique que le détenteur est autorisé à repousser, au besoin par la force, les actes agressifs dirigés contre la chose qu'il détient : « vim vi repellere potest ». C'était déjà la solution du droit romain qui admettait la possibilité pour le détenteur et non pour le possesseur d'écarter tout acte matériel sur la chose. Comme l'a remarqué Ihering (189), le droit romain exige le respect du rapport de détention, à cause de la volonté qui s'est incorporée dans le rapport avec la chose; or, celui qui cherche à arracher cette chose porte atteinte à la volonté et partant à la personnalité qu'on a « juridiquement le droit, et socialement le devoir de défendre ».

L'explication traditionnelle d'un tel pouvoir est la suivante : ce serait encourager les usurpations que d'obliger les victimes à les subir passivement, puis à se plaindre au possesseur pour qu'il ait recours à la justice. Il est nécessaire que le détenteur puisse agir lui-même en repoussant l'acte agressif. Au reste, il ne fait qu'user de cette manière, de son *droit de légitime défense*. Et c'est ce droit qui se trouve être la cause de la prérogative qui lui est attribuée.

b) *Le droit d'exercer la réintégrande*

Nous savons que certains auteurs n'admettent pas que le détenteur puisse intenter l'action en

(189) Ihering, Volonté dans la possession, p. 40.

réintégrande, mais que d'autres, au contraire, admettent cette possibilité, ne serait-ce que pour rester en accord avec une jurisprudence depuis longtemps fermement établie. Ils sont amenés de cette façon à considérer que la réintégrande est seulement une action possessoire « sensu latissimo », selon l'expression d'Aubry et Rau; autrement dit elle ne serait une action possessoire qu'à la condition de prendre le mot possession dans son sens vulgaire et non dans son sens juridique; c'est dire à la vérité que l'action en réintégrande n'a de possessoire que le nom. C'est à cette solution que paraissent s'arrêter Aubry et Rau d'abord (190), Beudant ensuite (191). Ces auteurs ne voient que trois points communs entre la réintégrande et les autres actions possessoires : aucune ne porte sur le fond du droit et toutes doivent être intentées dans l'année de la dépossession et portées devant le juge de paix de l'objet litigieux. A tous autres égards, l'action en réintégrande serait soustraite au régime des actions possessoires et, en particulier, ce serait une *action personnelle, sanctionnant une dépossession violente et pouvant être exercée par un simple détenteur*.

Ne trouvant plus la cause de cette action dans la possession, les auteurs ont cherché ailleurs quel pouvait être son fondement. Ils l'ont trouvé dans la règle d'ordre public « qui prohibe les actes de violence et les réprime en remettant les choses en l'état » (192); c'est donc sur la maxime « *Spoliatus ante omnia restituendus* » qu'ils font reposer

(190) Aubry et Rau, 5^e éd., II, § 189, p. 249.

(191) Beudant et Voirin, IV, n^o 695 et s.

(192) Beudant et Voirin, IV, n^o 663.

l'exercice de la réintégrande, ou, si l'on veut, ce qui revient au même, sur le principe qu'on ne doit pas se faire justice à soi-même; dès lors qu'on recourt à la violence, même si on a raison au fond, on se met de ce fait dans son tort. On serait même fondé, nous venons de le voir, à agir soi-même par la force. Mais mieux vaut encore pour éviter les représailles et l'exercice d'une légitime défense, ouvrir à la victime la porte de la justice et la remettre dans la situation antérieure avant toute discussion au fond. L'action en réintégrande devient ainsi une « mesure de police » et « la sanction du procédé violent employé par le défendeur » (193). En conséquence, la détention n'est bien que le support occasionnel de cette action.

c) *Le droit au remboursement des impenses et des améliorations ou constructions et le droit de rétention*

La chose, objet de la détention dès sa remise au détenteur, entre dans sa sphère d'action. De même qu'il en a la garde et la surveillance sous sa propre responsabilité, il peut au cas où il aurait engagé des dépenses à son sujet, en demander le remboursement. Il a été admis pareillement par certains auteurs qu'il peut obtenir l'application en sa faveur de l'article 555, s'il a élevé des constructions nouvelles ou accompli des améliorations particulières sur la chose. D'autre part, si le possesseur ne veut pas s'acquitter de la dette ainsi contractée envers le détenteur, celui-ci est en droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit complète-

(193) *Ibid*, n° 694.

ment désintéressé. Quelle peut être la cause du droit au remboursement et du droit de rétention selon la doctrine classique ?

Envisageons d'abord le premier de ces droits. Chaque fois que le détenteur fait des dépenses sur la chose, lui apporte des améliorations, ou construit des édifices nouveaux, il en résulte un enrichissement du patrimoine du possesseur. Or cet enrichissement se fait aux dépens du patrimoine du détenteur; un déséquilibre survient que rien ne justifie. Par conséquent le droit au remboursement trouve son fondement dans l'application de la notion d'enrichissement sans cause et dans le principe d'équité qui interdit de s'enrichir au détriment d'autrui. La détention n'a, au fond, rien à voir dans la question, tout au moins d'une façon directe.

De même le droit de rétention est accordé au détenteur non pas à raison de sa qualité, mais parce qu'une créance est née à son profit. C'est uniquement à raison de cette créance, qu'il est permis au détenteur de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit remboursé (194). C'est, au surplus, l'équité qui le veut ainsi.

La preuve est ainsi faite que le rapport de détention est un simple rapport matériel : c'est un rapport de fait, et non un rapport juridique; à l'encontre du rapport de possession, en effet, le Droit n'est pas venu lui conférer les effets qui pouvaient le faire entrer dans le domaine juridique. Il n'a d'abord jamais les effets de la possession : sa notion, au reste, s'y oppose formellement.

(194) En ce sens, Beudant et Voirin, IV; Aubry et Rau, 6^e éd. II, p. 107.

Il n'a ensuite aucun effet propre. Ceux qu'on pourrait être tenté de lui attribuer, trouvent leur source dans des notions différentes de la notion de détention.

CHAPITRE II

L'EXTENSION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE DE LA PROTECTION POSSESSOIRE A CERTAINES CATEGORIES DE POSSESSEURS PRECAIRES

Les conséquences pratiques de la conception classique sont regrettables. Le détenteur n'a aucun moyen juridique direct de se protéger contre les troubles et les voies de fait. C'est aussi vrai en matière immobilière où il n'a pas l'exercice des actions possessoires (195) qu'en matière mobilière où il ne peut invoquer l'article 2279. Tout ce qu'il est permis au détenteur de faire, c'est d'appeler le possesseur en garantie afin qu'il vienne le protéger, en se protégeant lui-même. Mais, et il est inutile d'insister sur ce point, c'est un moyen long et inefficace pour le détenteur. Celui-ci sera depuis longtemps troublé ou expulsé par le tiers lorsque la garantie aura joué. Cela est d'autant plus vrai à une époque où, bien souvent, le possesseur est éloigné de l'objet de sa possession.

Or, on ne voit pas en quoi le fait pour le déten-

(195) Sous réserve de l'opinion contraire relative à la réintégration.

teur de reconnaître la propriété d'autrui doit l'empêcher de se préserver contre les troubles et les dépouillements. Le droit de propriété, en effet, n'est pas un jeu. Il n'est question ici que de maintenir le détenteur dans sa possession. La détenteur est d'autant plus intéressé à conserver la chose envers et contre tous, lorsqu'il la fait servir à son propre compte, encore que le détenteur par lui-même engage sa responsabilité envers le possesseur lorsqu'il a été négligent. La doctrine et surtout la jurisprudence ont fait ces constatations et, dans la mesure du possible, elles ont cherché à obtenir que le détenteur soit protégé. Elles auraient pu chercher si une protection particulière, une « protection détentatoire » si l'on peut dire, pouvait être accordée. Elles ne l'ont pas fait, la doctrine surtout. Elles ont cherché, par contre, à étendre le bénéfice de la protection accordée à la possession. Il s'agissait, dans le cas de la détention d'un meuble, du droit d'invoquer l'article 2279 pour éviter toute revendication ou pour reprendre le meuble lorsqu'il a été perdu ou volé, et il s'agissait, dans le cas de la détention d'un immeuble, de l'exercice des actions possessoires. Or, l'article 2279 n'est fait que pour le possesseur à titre de propriétaire et les actions possessoires puisent leur fondement dans la présomption de légitimité du droit possédé. Là résidait la difficulté; elle a été tournée, inconsciemment peut-être, en appliquant deux idées, l'idée de possession partielle et l'idée de relativité du vice de précarité.

Nous nous proposons de rappeler dans ce chapitre les efforts qui ont été accomplis dans ce sens et d'examiner dans quelle mesure les résultats obtenus peuvent être conservés.

SECTION PREMIÈRE

LA PROTECTION DE LA DÉTENTION PARTIELLE

Toute détention partielle s'accompagne, nous le savons, d'une possession partielle consistant dans l'exercice d'un droit réel principal ou d'un droit réel du second degré. Cette possession partielle peut légitimement prétendre à la protection possessoire, à tous les effets même qui sont traditionnellement accordés à ce fait juridique. Les auteurs classiques, eux-mêmes, le reconnaissent. Mais, en ce qui concerne la chose prise dans son individualité, il y a toujours détention, par suite fait matériel sans valeur juridique : ce qui est protégé, ce n'est pas cette détention, mais bien la possession qui l'accompagne. Cette distinction est ingénieuse. Mais, au point de vue qui nous intéresse, elle est, semble-t-il, inopérante. Le maintien du possesseur partiel dans la possession de son droit réel a pour effet indirect, mais inéluctable, de le faire maintenir en détention de la chose, car possession et détention partielles sont en quelque sorte soudées l'une à l'autre. *Nous sommes par suite autorisé à affirmer que, dans la mesure où la protection possessoire sera accordée à la possession partielle, elle rejaillira sur la détention partielle correspondante et qu'en conséquence, elle s'appliquera aussi bien à l'une qu'à l'autre. Il s'agit donc de savoir comment est protégée la possession partielle.*

§ 1^{er}. — LA PROTECTION DU DÉTENTEUR PARTIEL
MUNI D'UN DROIT RÉEL PRINCIPAL

On peut dire qu'elle n'a jamais fait de doute autant en jurisprudence qu'en doctrine, lorsque le droit réel existe véritablement.

Les Tribunaux ont accordé l'exercice de la complainte au *titulaire d'un usufruit, d'un usage ou d'une habitation*. L'arrêt Veuve Gardel du 14 décembre 1840 (196) a posé le principe en déclarant que « l'usufruit est un droit réel distinct de la propriété du fonds et que, comme tel, il engendre les actions possessoires ». La doctrine est du même avis. Elle fait remarquer, au surplus, que le droit réel d'usufruit peut même être acquis par prescription. Sans doute, cette acquisition se présentera-t-elle rarement, mais elle n'a rien d'impossible. Il suffit de supposer qu'une personne acquière un usufruit par legs, vente ou donation, « *a non domino* ». Survient le vrai propriétaire qui revendique. Si, à ce moment, l'acquéreur a exercé le droit d'usufruit pendant le temps requis pour l'usucapion (dix à vingt ans, ou trente ans selon les cas), il lui sera permis d'opposer son droit; d'ailleurs, il aurait pu, de même, acquérir la propriété de la chose. Les auteurs ajoutent enfin, en ce qui concerne l'usufruit, au cas où il porte sur une chose mobilière, que l'article 2279 peut être valablement invoqué.

Jurisprudence et doctrine étaient en désaccord avant la loi du 25 juin 1902, au sujet de l'*emphytéose*. Alors que la dernière s'y refusait, la première n'hésitait pas à accorder les actions posses-

(196) Civ., 14 décembre 1840, *D.* 1841-1-32.

soires à l'emphytéote (197). Mais cette opposition n'a pu persister après le vote de la loi.

Par contre, les arrêts ne nous rapportent jamais que le locataire ou le fermier muni d'un bail ait pu intenter la complainte qui est l'action possessoire fondée sur la possession juridique. Les plaideurs, au surplus, ont toujours eu soin de se placer sur le terrain de la réintégrande. Cela montre que les Tribunaux, sauf par quelques arrêts contraires anciens, n'ont jamais admis que le preneur puisse avoir un droit réel.

§ 2. — LA PROTECTION DU DÉTENTEUR PARTIEL MUNI D'UN DROIT RÉEL DU SECOND DEGRÉ

I. — Écartons tout d'abord la question du *droit d'antichrèse*. La jurisprudence n'a jamais été favorable à la réalité de ce droit et elle n'a jamais accordé la complainte. C'est du moins ce qui résulte d'un arrêt de la Cour suprême du 16 mai 1820 (198) qui a accordé la réintégrande en spécifiant que le créancier sur antichrèse n'a pas l'*animus domini*. Cette jurisprudence est sans doute critiquable car la complainte pourrait être valablement intentée sur le fondement de l'existence d'un droit réel portant sur les revenus de l'immeuble. Mais cette question a si peu d'intérêt pratique que nous n'insistons pas à son sujet.

II. — Plus importante est la *question du gage*. Il s'agit de savoir si le créancier gagiste va pou-

(197) Cass. 26 juin 1822, *D.* 1822-I-234; civ. 19 juillet 1832, *S.* 1832-I-531.

(198) *S.* 1820-I-430.

voir se prévaloir de la maxime « en fait de meubles, possession vaut titre » pour repousser jusqu'à complet paiement de sa créance l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de l'objet du gage, au cas où cet objet lui a été remis par un non-propriétaire. Il s'agit de savoir aussi s'il lui sera permis de revendiquer l'objet du gage après qu'il aura été perdu ou volé, et d'invoquer l'article 2280.

Les auteurs ont répondu affirmativement lorsqu'ils ont admis l'existence de la possession du droit réel de gage. L'article 2279 n'est pas seulement écrit, en effet, pour le possesseur d'un droit de propriété mais pour le possesseur de tout droit réel quel qu'il soit, et il n'y a pas à distinguer selon que ce droit est du premier ou du second degré. Tel est donc le principe en doctrine. Il nous faut maintenant savoir dans quelle mesure les Tribunaux ont accordé au créancier gagiste le privilège des articles 2279 et 2280. Nous commencerons par un bref historique de la jurisprudence, pour retracer ensuite les conditions qu'elle impose à l'exercice de la maxime « En fait de meubles... » et rechercher quel est le fondement juridique de son application au créancier gagiste.

LE DROIT POUR LE CRÉANCIER GAGISTE D'INVOKER DEVANT LES TRIBUNAUX LA MAXIME « EN FAIT DE MEUBLES, POSSESSION VAUT TITRE ».

a) *Historique.* — L'article 2279 a pour principal but de préserver l'acquéreur de bonne foi contre la revendication par le véritable propriétaire de la chose acquise d'un détenteur indélicat. Le détenteur lui-même ne saurait jamais se prévaloir d'un article qui, pour beaucoup, a été écrit contre lui. Or, le créancier gagiste, tout au moins en ce qui

concerne la chose considérée dans son individualité, est un détenteur. Et en cette qualité, il ne peut jamais prétendre bénéficier des dispositions des articles 2279 et 2280.

C'est ce que la jurisprudence a tout d'abord affirmé. Dans un arrêt du 11 août 1847 (199), la Chambre civile de la Cour de Cassation a refusé au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279 au cas où le constituant n'est pas véritablement propriétaire du gage. En l'espèce, il s'agissait d'actions au porteur qui sont, on le sait, assimilées aux meubles corporels en ce qui concerne la possession, et qui avaient été données en gage par une personne qui les avait reçues à titre de dépôt. Il ne pouvait être question, selon la Cour, d'appliquer l'article 2279 « puisque la simple dation en gage d'une chose mobilière quelconque n'en opère pas la transmission à titre de propriété et n'a pas le caractère de la possession que cet article déclare équivaloir à un titre ».

La question se présenta à nouveau le 29 juillet 1855 (200) devant le Tribunal de la Seine qui statua dans le même sens et justifia la solution par les mêmes arguments. Mais la Cour de Paris, dont l'arrêt fut confirmé par la Cour de Cassation (201), réforma le jugement. Elle ne se fonda pas cependant, pour ce faire, sur les caractères de la possession du gagiste, mais sur ceux de la possession du débiteur constituant, qui, bien que détenteur précaire, avait pu passer aux yeux des tiers pour possesseur. Cet arrêt avait pour consé-

(199) *D.* 1847. I. 311.

(200) *Sous Paris*, 29 mars 1856, *D.* 1856. 2. 228.

(201) *Civ.*, 22 juin 1858. *D.* 1858. I. 238.

quence de donner à l'article 2279 une interprétation tout à fait différente de l'interprétation habituelle et il était sévèrement critiqué par l'annotateur du Dalloz. Celui-ci constatait que si l'on suivait la doctrine de cet arrêt, on serait obligé d'accorder le bénéfice de la maxime « En fait de meubles... » aux tiers qui ont contracté avec le détenteur de la chose mobilière dont ils le croyaient propriétaire, et qui placent sous l'empire de cette maxime, non pas leur propre possession, mais celle de leur auteur. « Mais il nous semble manifeste, continue l'annotateur, que l'article 2279 ne se rapporte qu'à la possession de celui qui a reçu la chose. Cela est si vrai que l'article 2279 qui, de l'aveu de tous, ne protège que le possesseur de bonne foi n'exige la bonne foi que chez le possesseur actuel... Or, si la règle « En fait de meubles... » se réfère à la possession de la partie qui a reçu la chose et non à celle de la partie qui l'a livrée, cette règle ne pourra être invoquée par le possesseur actuel qu'autant que sa possession aura bien la valeur d'une possession proprement dite, valant titre, comme le veut l'article 2279, c'est-à-dire le caractère d'une « possession animo domini » susceptible d'entrer en lutte avec l'action en revendication. Un créancier gagiste ou tout autre détenteur précaire ne réunit pas de telles conditions et il n'a pas droit au bénéfice d'ailleurs anormal de l'article 2279 du Code Napoléon » (202).

Le droit pour le créancier gagiste de se prévaloir de l'article 2279 en son propre nom n'a été reconnu d'une façon formelle par la Cour de Cas-

(202) Dans le même sens : Req., 23 janvier 1860, *D.* 1860. I. 123.

sation qu'une trentaine d'années plus tard. Au paravant, la Cour de Paris, dans un arrêt du 23 mai 1873 (203) avait déjà reconnu ce droit d'une façon indirecte mais en faisant cependant appel à la possession du créancier gagiste. Il s'agissait, en l'espèce, de la revendication de titres au porteur détenus par la Société Générale. Ces titres appartenaient au sieur Blanchet qui les avait remis à sa femme; mais celle-ci, par l'intermédiaire de son fils, les avaient engagés auprès de la Société. La Cour estima que la revendication ne pouvait être admise parce que « la Société Générale, avant de recevoir en nantissement les valeurs au porteur qui se trouvent entre ses mains, n'a rien négligé pour s'assurer que Ferdinand Blanchet fils qui les lui déposait, en fût le véritable propriétaire ». La bonne foi du gagiste ne faisait donc aucun doute et suffisait, d'après la Cour, à empêcher la revendication. La possession n'en demeure pas moins précaire, tout au moins au regard de la propriété, et il était, en réalité, nécessaire, pour justifier l'arrêt, de considérer avec l'annotateur du Sirey, que le créancier gagiste a une position mixte : « Dans ses rapports avec le droit de propriété qu'il reconnaît appartenir à autrui, disait-il, il possède pour autrui et mérite le nom de possesseur précaire. Mais d'un autre côté, il entend bien aussi posséder pour son propre compte le droit réel dont il est investi et en jouir d'une façon indépendante; relativement à ce droit, sa possession est cum animo domini, et il cesse d'être possesseur précaire ».

(203) Sous Cass. Req., 15 avril 1873 (D. 1885. 1. 345) qui a confirmé l'arrêt de la Cour de Paris avec des attendus moins nets.

Quoi qu'il en soit, c'est seulement avec l'arrêt *Perez-Ramirez* de la Chambre des Requêtes, du 12 mars 1888 (204), que la Cour de Cassation affirme pour la première fois le droit pour le créancier gagiste de se prévaloir de l'article 2279. Elle le fait d'ailleurs d'une façon particulièrement laconique et sans s'embarrasser d'argumentation juridique; elle pose uniquement le principe : « Attendu que la maxime de l'article 2279 « en fait de meubles; possession vaut titre » peut être invoquée par le créancier gagiste qui, de bonne foi, a reçu en gage d'un détenteur précaire un objet mobilier, et qu'il a le droit de repousser, jusqu'à paiement de sa créance, l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de cet objet ».

Depuis lors, la Cour de Cassation a maintenu cette jurisprudence. Toutefois, des précisions ont été apportées, en ce qui concerne d'abord les conditions d'application de la maxime « En fait de meubles... », au créancier gagiste, ensuite le fondement juridique de cette application.

b) *Conditions d'application de la maxime*
« En fait de meubles... » au créancier gagiste

1) D'abord, en application des principes généraux, la *bonne foi* est exigée chez le créancier gagiste, comme chez tous les possesseurs qui désirent se prévaloir de l'article 2279.

2) D'autre part, dès le 12 mars 1888, la Chambre civile de la Cour de Cassation (205) subordonnait le droit pour le créancier gagiste à invo-

(204) *D.* 1888. I. 404; *S.* 1888. I. 264.

(205) *S.* 188. I. 265.

quer l'article 2279, à l'existence d'un *nantissement régulier*, car le nantissement irrégulier « ne peut conférer au détenteur qu'une possession précaire, inefficace, pour équivaloir à un titre et pour lui attribuer le bénéfice de l'action créée par l'article 2279 Code civil ». C'est là une solution qui s'imposait : comment parler de possession du gage, alors que ce gage n'existe pas juridiquement ? Mentionnons toutefois que la question ne peut se présenter en Droit commercial, puisque d'après l'article 91 du Code de commerce, les formalités des articles 2074 et 2075 du Code civil ne sont pas requises.

3) Il restait une précision à apporter en ce qui concerne l'application au créancier gagiste de l'exception à la maxime « En fait de meubles... » apportée par l'article 2279, alinéa 2. Nous savons que, conformément à ce texte, la revendication des meubles perdus ou volés est possible dans les trois ans qui ont suivi la perte ou le vol dans les mains du sous-acquéreur de bonne foi ; elle le sera aussi, évidemment, dans les mains du créancier gagiste car l'exception établie en pareille hypothèse par le législateur atteint toutes les personnes auxquelles s'applique la règle. Pareillement, on devrait admettre le créancier gagiste à revendiquer le gage lorsqu'il a été l'objet d'une perte ou d'un vol. La question ne s'est pas posée, à notre connaissance, devant les tribunaux, mais on peut, par un argument « a fortiori » présumer légitimement qu'ils jugeraient en ce sens puisqu'ils admettent la revendication exercée par un simple dépositaire (206). Au surplus, si l'on reconnaît la pos-

(206) *Infra*, p. 357.

session du gagiste, il est absolument conforme à la logique de lui permettre de se prévaloir de l'alinéa 2 de l'article 2279 puisque cet alinéa est une exception à la première partie du texte.

Pareillement va-t-on lui permettre de se prévaloir de l'article 2280 ? Cet article stipule que « si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté ». Etant donné l'interprétation large que la jurisprudence fait de l'article 2279-1°, on était en droit de supposer qu'elle appliquerait l'article 2280 aussi bien au créancier gagiste qu'à l'acheteur. Or, il n'en est rien. Un arrêt de la Cour de Paris, d'abord, du 2 août 1856 (207), l'arrêt Société Générale de la Chambre civile de la Cour de Cassation, ensuite, du 11 mai 1898 (208), sont venus déclarer que l'article 2280 n'était applicable qu'à l'acheteur, et non au créancier gagiste. L'argument invoqué est un argument de texte : l'article 2280 prévoit expressément qu'il doit seulement s'appliquer à l'acheteur. Cette jurisprudence est critiquable. L'article 2280 doit être rattaché étroitement au précédent, car ce sont là deux textes qui forment un ensemble dont les différentes parties se tiennent et s'enchaînent. Or,

(207) S. 1857. 2. 177.

(208) S. 98. 1. 481, note Tissier. Adde Cour de Paris, 10 août 1894 en sous-note, et, pour le Crédit municipal, Req., 21 juillet 1857, D. 1857. 1. 394, S. 1857. 1. 681.

l'article 2279 peut être invoqué par tout possesseur; il doit en être de même de l'article 2280. Si les expressions changent d'un article à l'autre, il n'y a pas lieu d'en tenir compte et il n'y a pas de raison de refuser le bénéfice de l'article 2280 au gagiste. Le législateur n'a nullement manifesté l'intention de restreindre ce bénéfice à une partie seulement des possesseurs protégés par lui.

Toutefois, on est bien obligé de reconnaître que, le principe étant acquis, il est assez difficile de trouver des hypothèses dans lesquelles il soit possible d'appliquer l'article 2280 au créancier gagiste. Il ne peut être d'abord question d'une semblable application au cas de constitution de gage faite dans un marché ou dans une foire, pour la bonne raison que le gage ne se constitue pas dans ses sortes de réunions. Au point de vue spécial des prêts sur titres, on ne saurait considérer les établissements de crédit comme des marchés publics destinés à ces opérations. La jurisprudence a décidé, avec raison, que les bureaux des changeurs ne sont pas des marchés publics au point de vue de l'achat des valeurs et que, par suite, les changeurs ne sont pas fondés à invoquer l'article 2280 (209). Il ne reste ainsi qu'un seul cas d'application de l'article 2280 au créancier gagiste : lorsque la constitution de gage a été faite par une personne qui fait profession de constituer en gage des choses pareilles. C'est là un cas très rare; il peut cependant se présenter : « Il y a des personnes ou des sociétés, écrivent Lyon-Caen et Renault (210), qui exploitent un établissement de

(209) Cass., 21 novembre 1877, S. 1878. I. 407.

(210) Lyon-Caen et Renault : Droit commercial, 5^e éd. III, n^o 291.

prêts sur nantissement de titres au porteur; elles consentent à leurs clients, moyennant une commission, une avance d'argent contre remise en gage de leurs titres; il peut arriver qu'elles se fassent consentir par une société de crédit, à laquelle elles engagent ces mêmes titres, une avance d'une somme plus forte qu'elles ont faite à ces clients, tout en lui payant une commission inférieure à celles qu'elles ont elles-mêmes reçues de ceux-ci ». En conséquence, la société de crédit qui aura acquis le gage d'un tel établissement sera en droit de se retrancher derrière l'article 2280.

c) *Fondement juridique de l'application au créancier gagiste de la maxime « En fait de meubles... »*

Nous avons déjà examiné incidemment dans l'historique de la question, les arguments que la jurisprudence a présentés pour ou contre cette application. Il s'est agi, évidemment, de reconnaître la possession juridique au créancier gagiste et nous avons vu que les tribunaux l'ont admise. Mais cette possession a été considérée sous un angle différent suivant les arrêts. Un d'entre eux, en effet, au lieu de la considérer, ce que nous avons toujours fait jusqu'ici, au regard des droits qui peuvent porter sur la chose objet du gage, a estimé qu'elle devait être envisagée au regard des personnes. Alors que dans le premier cas, on dit : le gagiste est détenteur quant à la propriété de la chose, possesseur quant au droit réel de gage, dans le deuxième cas, on dit au contraire : *le gagiste est détenteur dans ses rapports avec le constituant, il est possesseur dans ses rapports avec les tiers*. C'est cette dernière explication que la Cour de Douai, dans l'arrêt Dupont du 20 juin 1892 (211), a présenté en ces ter-

(211) S. 1892. 2. 161, note Lyon-Caen, D. 1892. 2. 375.

mes : « Attendu que le gagiste est couvert par le principe de l'article 2279 du Code civil aussi bien que celui qui détient un objet mobilier en qualité de propriétaire; que sa possession n'est pas entachée de précarité vis-à-vis des tiers qu'il ne connaît pas, avec lesquels il n'a pas traité et envers lesquels il n'est tenu d'aucune obligation personnelle; que possédant en son nom et pour son propre compte, en vertu d'un contrat de nantissement, il doit être considéré à l'égard des tiers comme un véritable propriétaire ».

Cette opinion de la Cour de Douai n'a jamais été reproduite, telle quelle, dans les arrêts postérieurs. Ceux-ci d'ailleurs ne s'expliquent que rarement sur la question (212). Elle a reçu l'adhésion en doctrine de Becqué (213) qui s'exprime en ces termes : « Vis-à-vis du propriétaire de la chose engagée, le créancier gagiste n'est juridiquement qu'un simple détenteur, il n'a pas l'*animus domini*; il possède pour le compte d'autrui; il ne peut pas modifier le titre de la possession qu'il lui appartient d'établir ». Par contre « vis-à-vis de tous autres que le constituant, le droit réel de gage confère au gagiste une véritable possession. Il peut opposer le droit de rétention à tous les tiers qui voudraient saisir ou revendiquer le meuble... » Et à propos du gage constitué par un non-propriétaire, cet auteur ajoute : « Vis-à-vis des tiers autres que le constituant, le créancier gagiste est un possesseur et peut se prévaloir à leur encontre de l'article 2279 aussi bien

(212) V. Cass Req. 25 mars 1901, *S.* 1901. 1. 305, note Lyon-Caën, 23 octobre 1905, *D.*, 1906, 1, 7.

(213) Planiol, Ripert et Becqué, *Sûretés réelles* XII, n° 108, p. 107, n° 109, p. 109 et n° 88, p. 86.

qu'un acquéreur ». La même idée avait été exposée auparavant, mais sous une forme moins accusée, par Baudry-Lacantinerie et de Loynes (214) lorsqu'ils écrivaient : « L'expression employée par l'article 2079... nous montre que le créancier gagiste n'est au regard de débiteur, comme le dépositaire dans ses rapports avec le déposant, qu'un détenteur précaire. On en conclut que le créancier gagiste et ses héritiers ne peuvent prescrire la propriété du gage par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236) à moins que le titre de leur possession n'ait été interverti conformément à l'article 2238 ».

L'idée ainsi défendue peut avoir des conséquences heureuses, car, si elle était étendue à tous les détenteurs, elle aurait pour effet de leur accorder la protection possessoire ou certains avantages conférés à la possession vis-à-vis de tous autres que celui dont ils tiennent la chose. Mais, sous son aspect général et même dans son application au gage, elle ne peut être retenue. Sans doute, est-elle exacte dans une de ses déductions ; il n'est pas douteux, en effet, que la possession dérivée du droit réel de gage, trouve application lorsque le gagiste est en rapports avec des tiers et que la détention, au contraire, se présente lorsqu'il entre en rapports avec le débiteur constituant. Mais il faut prendre garde de conclure de là à une possession qui existerait à l'égard des tiers, ou mieux à une détention relative, à une possession précaire seulement à l'égard de celui dont on tient la chose. Pour autant qu'on soit l'adversaire des idées absolues, on est cependant obligé de constater que la détention n'est pas un vice relatif

(214) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Nantissement, Privilèges et Hypothèques, n° 92.

de la possession, mais une absence de possession; nous croyons nous être assez expliqué sur ce point. La possession implique une prétention à la propriété; dès lors que le titre juridique initial emporte négation de cette prétention, il ne saurait y avoir possession, mais simplement détention. Peu importe au reste, ce que peuvent penser les tiers. Il y a ou il n'y a pas possession, d'après le titre initial; ou bien celui-ci dit : pour la propriété, il y a détention, pour le droit réel, il y a possession; c'est ce qui se produit pour le gage.

Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne cette dernière institution, l'opinion de la Cour de Douai ne semble pas être préconisée dans les arrêts récents. Un arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation, du 19 juin 1928 (215) rattache, en effet, au droit réel du gagiste la possibilité d'invoquer l'article 2279 : « Attendu, dit l'arrêt, que le créancier gagiste a sur les choses mobilières remises en gage, un droit réel qui lui permet d'invoquer l'article 2279 quand il est de bonne foi et que son nantissement est régulier. »

En définitive, la jurisprudence reconnaît aujourd'hui, de façon constante, au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279 du Code civil. En conséquence, tous les détenteurs qui ont la possession partielle d'un droit réel quel qu'il soit, ont le bénéfice de la protection possessoire. Ainsi toute une catégorie, sur les trois que nous avons reconnues comme englobant tous les cas de détention (216), est efficacement protégée.

(215) *D.* 1929. I. 45; *S.* 1932. I. 15.

(216) *Supra*, p. 136 et s.

SECTION II. — LA PRÉCARITÉ, VICE RELATIF
DE LA POSSESSION, EN DROIT FRANÇAIS

Nous venons de constater pour le gage, et, « a fortiori », pour tous les cas de détention, que la précarité, lorsque ce terme est synonyme de détention, est exclusive de possession, que, par conséquent, le détenteur n'est jamais admis à la protection possessoire, si ce n'est indirectement, parce qu'il est aussi possesseur partiel. Il est des hypothèses cependant, où il y a précarité et où, malgré cela, il faut admettre l'idée de relativité. Contradiction manifeste, dira-t-on? Non, car la précarité, dans ces hypothèses, n'est pas la détention, quelque chose d'approchant, sans doute, en ce qu'elle empêche, comme la détention dans la doctrine classique, d'obtenir des prérogatives juridiques, mais aussi, et surtout, quelque chose de différent, en ce qu'elle ne répond pas à la même notion. En effet, le terme de précarité évoque alors le « *precarium* » romain et il reçoit application, de nos jours, lorsque les servitudes sont exercées « à titre précaire » et lorsque des dépendances du domaine public sont laissées à la disposition des particuliers.

Avant d'étudier ces institutions, et d'entrer dans le vif du sujet, il paraît bon de donner une idée du « *precarium* » romain, de voir en quoi elle se distingue de la notion de précarité moderne lorsque celle-ci s'identifie avec la notion de détention.

Le « *precarium* » trouve son origine dans les rapports entre patrons et clients. Pour s'assurer le concours de tous ceux qui gravitent autour de lui, le patron concède une parcelle des biens qu'il a usurpés à l'« *ager publicus* ». C'est là une simple concession, révocable « *ad nutum* », dont le retrait

toujours menaçant, inspirera au client une crainte salutaire. Par suite de cette concession, le client n'acquiert aucun droit sur la chose; il ne peut en avoir que la détention, du moins lorsqu'il s'adresse à son sujet au patron. Il est même dans une situation plus défavorable que celle qui est faite au détenteur actuel; celui-ci, par son titre, sait combien de temps il pourra rester sur la chose : le précariste, lui, ne le sait pas. Mais vis-à-vis des tiers, sa situation est beaucoup plus favorable : il est alors considéré comme possesseur de la chose. La possession que le droit romain lui accorde est la possession « ad interdîcta » car la possession « ad usucapionem », par une sorte de fiction, reste au concédant. Il n'a donc pas besoin, comme le locataire envers le bailleur de recourir au concédant pour faire respecter sa possession; il s'adresse lui-même au prêteur. Cette prérogative s'explique dans la théorie subjective par une délégation, du concédant au précariste, de l'*animus rem sibi habendi* suffisant pour justifier l'exercice des interdits (*l'animus domini* nécessaire pour l'usucapion restant au concédant). Il est en effet plus commode pour le patron, plus conforme à sa dignité, de confier au client, une fois pour toutes, le soin de se protéger lui-même et de s'épargner ainsi la peine d'intervenir dans chaque affaire pour prendre fait et cause en faveur du précariste.

Le « *precarium* » est donc né des rapports entre patrons et clients, mais son domaine d'application s'est élargi et, à la fin de l'évolution du Droit romain, il s'étend à la vente, au louage, au gage et aux servitudes (217).

(217) Sur cette extension du *precarium*. V. Selosse, thèse citée, p. 25 et s.

Cette institution romaine, très originale, a été considérablement déformée en droit français sous la double influence des institutions germaniques et du droit canonique (218), à tel point qu'à l'avènement du Code civil, il n'est plus fait de distinction entre la concession précaire qui, à Rome, donnait les interdits, et la simple détention à laquelle aucune protection possessoire n'est accordée. C'est ainsi qu'Argou (219) place le possesseur précaire à côté des simples détenteurs : « La possession purement naturelle est une simple détention de la chose, sans aucun dessin de la posséder en qualité de propriétaire. Telle est la position du fermier, celle de l'usufruitier, *de celui qui ne jouit que précairement*, du créancier auquel on a donné une terre en engagement et autres semblables qui ne possèdent pas en leur nom, mais au nom du propriétaire. »

Ces considérations d'ordre historique étaient nécessaires avant d'entrer plus avant dans notre matière, pour saisir les ressemblances de la possession précaire des servitudes ou d'une dépendance du domaine public soit avec le *precarium* du Droit romain, soit avec la détention du Droit français.

§ 1^{er} — LA POSSESSION PRÉCAIRE DES SERVITUDES

Il a pu paraître étonnant que dans la suite des développements consacrés à la notion de détention, nous n'ayons fait mention de la détention des servitudes que d'une façon incidente, et en réservant

(218) Selosse, thèse citée, pp. 59 et s.

(219) Argou, Institution au Droit français, liv. II, chap. IX.

la matière. La raison en est de la considération suivante : il n'est pas exact de parler de détention des servitudes; la précarité de leur possession ne répond pas à la notion de détention, mais à une notion voisine, *la notion de tolérance*. Nous allons maintenant rechercher quelle est cette notion de tolérance, en quoi elle se rapproche et en quoi elle diffère de la notion de détention et de la notion de précarité dans le sens romain du mot.

A. — NOTION DE LA POSSESSION PRÉCAIRE DES SERVITUDES

Pour y parvenir, il faut d'abord rappeler comment la notion de possession juridique trouve son application aux servitudes. Nous savons qu'appliquée au droit de propriété, elle se réalise par l'accomplissement des actes constitutifs de l'exercice de ce droit avec l'intention de se comporter comme le titulaire du droit. La possession en matière de servitudes répond à la même idée, avec cette différence que les actes accomplis correspondent à l'exercice normal de la servitude considérée. Autrement dit, posséder une servitude consiste dans l'exercice du droit, quand cet exercice implique l'intention d'user en maître du démembrement de la propriété.

Ceci dit, la possession à titre précaire de la servitude sera l'exercice du droit sans prétendre en être le titulaire. Pour bien saisir la portée de cette définition, il faut en reprendre chacun des termes.

a) *L'exercice du droit de servitude*

L'article 637 définit la servitude en ces termes : « Une servitude est une charge imposée sur un hé-

ritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Dans cette définition, la servitude est envisagée sous son aspect passif : une charge imposée à un immeuble. Mais elle peut aussi être envisagée au point de vue actif : elle est alors un droit, le droit appartenant à une personne autre que le propriétaire du fonds grevé, soit d'exiger de ce dernier qu'il s'abstienne d'user de son fonds de telle ou telle manière (servitude négative), soit d'exercer sur l'immeuble tel ou tel acte d'usage (servitude positive). Ce droit réel, d'après l'article 543, a donc pour effet de limiter le droit du propriétaire du fonds servant. Par conséquent, si du côté du fonds servant, il y a limitation, du côté du fonds dominant il y a empiètement : *l'exercice du droit de servitude se réalise en définitive par un empiètement sur le droit d'autrui*. Dès lors que cet empiètement n'est pas réalisé, il ne saurait y avoir constitution de l'élément matériel de la servitude. C'est ce que l'article 2232 déclare en disant que les actes de pure faculté ne peuvent fonder la possession.

Qu'entend-on par *actes de pure faculté* ? « Il est bien difficile, déclare Bufnoir (220), d'en donner une définition « a priori ». Le Code a emprunté simplement ici le langage de nos anciens auteurs, comme s'il s'agissait d'une chose toute simple ; or nos anciens auteurs nous présentent bien des exemples très précis qu'ils rattachent à la règle, mais leur langage manque de netteté, quand il s'agit de fournir une définition ». Beudant (221) nous semble cependant avoir donné une définition théorique

(220) Bufnoir : Propriété et contrat, p. 238.

(221) Beudant et Voirin, IV, n° 669.

qui cadre bien avec les exemples pratiques : l'acte de pure faculté, dit-il, est « un acte ou une abstention par lequel une personne — propriétaire ou possesseur d'un fonds — exerce le droit de propriété, de telle sorte qu'il ne résulte de l'acte aucun empiètement sur le fonds voisin, ou de l'abstention aucune limitation de son droit au profit du voisin. »

L'exemple typique nous est fourni par le fonds dans lequel une source prend naissance; le propriétaire en utilise les eaux après avoir capté la source. Puis un voisin, après un temps indéterminé, pratique des fouilles et capte ainsi la source à son profit. Le propriétaire du fonds dans lequel elle jaillissait va-t-il invoquer la possession pour contraindre le voisin à lui restituer l'eau? Pas du tout, car en agissant comme il l'avait fait, le propriétaire ne faisait qu'user de son droit de propriété; il ne le dépossédait en rien et ne réalisait aucun empiètement sur le fonds du voisin. Celui-ci, par conséquent, ne pouvait opposer aucune contradiction.

Autre exemple : le propriétaire d'une villa jouit de la vue sur la mer. Mais un voisin élève lui-même une maison qui vient boucher la vue au propriétaire de la villa. Va-t-il pouvoir agir en justice? Nullement, et pour les mêmes raisons.

Enfin, dernier exemple : un propriétaire ouvre dans un mur exclusif construit à la limite de son fonds, des jours de souffrance, usant ainsi de la faculté que lui donne l'article 676. Le voisin ne saurait l'en empêcher. A un certain moment, le voisin qui, lui, voudrait adosser une construction au mur en question, en acquiert la mitoyenneté (article 661). Il invoque alors l'article 673 aux termes duquel aucun des voisins ne peut pratiquer

de jours dans le mur mitoyen. Il va donc en bâtissant masquer les jours primitivement ouverts par le propriétaire de l'ancien mur exclusif. Ce dernier propriétaire peut-il s'y opposer, en déclarant qu'il possède une servitude? Nullement, et toujours pour les mêmes raisons : il n'y a pas « possession » des jours de souffrance; il y a uniquement usage d'une pure faculté et possession du droit de propriété et c'est là une possession que le voisin n'a aucune qualité pour contredire.

Tous ces exemples montrent abondamment qu'il faut bien distinguer la possession du droit de propriété et la possession de la servitude. On ne saurait se prévaloir de cette dernière alors qu'on ne fait qu'exercer la première. C'est ce qui se produit lorsqu'on accomplit des actes de pure faculté. Il faut donc pour posséder une servitude réaliser au préalable un empiètement sur le droit d'autrui.

b) *La servitude est exercée sans l'intention
de l'acquérir*

On dit qu'il y a précarité dans l'exercice de la servitude lorsque les actes réalisant l'élément corporel sont accomplis sans avoir l'intention d'user en maître de ce démembrement de la propriété. La définition générale de l'élément intentionnel de la possession précaire de la servitude est donc jusqu'ici, identique à celle de l'élément intentionnel de la détention. Mais il s'agit de savoir maintenant si cet élément consiste aussi dans le fait de vouloir reporter à autrui le bénéfice des actes de possession accomplis. Pas du tout; une servitude est toujours exercée dans son propre intérêt, pour son propre compte. Mais elle peut l'être sans pour cela que le

propriétaire du fonds servant veuille aliéner une partie des prérogatives qu'il tire de son droit de propriété et sans que le propriétaire du fonds dominant désire acquérir un droit quelconque contre son voisin. C'est donc par une entente, une convention tacite que les deux propriétaires se mettent d'accord pour que la servitude puisse être exercée sans qu'il en résulte une modification aux droits de propriété préexistants. Une semblable situation est réalisée lorsque l'exercice de la servitude est constitué par des actes que l'article 2232 qualifie *« actes de tolérance »*. Ces actes, en effet, sont accomplis en empiétant sur le fonds du voisin, mais avec la permission du propriétaire dudit fonds et l'auteur de ces actes reconnaît nécessairement qu'il n'exerce pas un droit. « Par suite, remarque très justement Beudant (222), la tolérance, à la faveur de laquelle l'acte est accompli, remplit une fonction négative : elle exclut, chez la personne qui en profite, l'intention d'exercer un droit de servitude, c'est-à-dire l'*animus*, qui caractérise la quasi-possession des servitudes ».

De tels actes de tolérance se produisent fréquemment. Il arrive, en effet, que, dans un but de bon voisinage, les propriétaires se concèdent mutuellement des facilités sur leurs fonds respectifs. Un tel permet à son voisin de puiser de l'eau à sa fontaine, tel autre l'autorise à passer sur son fonds ou à récolter des champignons dans son bois. Ces facilités sont toujours le résultat de conventions tacites, de laisser-faire. C'est uniquement par bienveillance qu'elles sont consenties, ce sont de simples conces-

(222) Beudant et Voirin IV, n° 672.

sions, comme le « precarium » romain, révocables au gré du concédant. Celui-ci d'autre part, n'entend nullement, en les accordant, abdiquer aucun droit sur la chose qui en fait l'objet; sinon, il prêterait plus d'attention aux faits et gestes de ses voisins et inévitablement il se montrerait beaucoup plus jaloux de ses prérogatives. La fonction économique de la tolérance se trouve ainsi éclairée.

B. — LA PREUVE DE TOLÉRANCE

Comme la détention, la tolérance se distingue de la possession par une différence d'animus. Pour prouver la tolérance, il faut donc prouver que le titulaire de la servitude n'a pas l'intention d'en user en maître. Preuve difficile, nous le savons. Le Code l'a facilitée, comme pour la détention, en établissant des présomptions.

I. — Cet établissement est dominé par la distinction des servitudes continues et discontinues et des servitudes apparentes ou non apparentes. Cette distinction est établie par les articles 688 et 689; rappelons en quoi elle consiste. « Les servitudes continues, dit l'article 688, sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cet espèce. Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables. » Quant à l'article 689, il définit ainsi les servitudes apparentes et les servitudes non-apparentes : « Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels

qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc ». En un mot ce sont celles dont un signe extérieur révèle l'existence, celles qu'on appelait jadis les servitudes visibles ou patentes. Le texte ajoute : « Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée ». En d'autres termes, ce sont celles dont aucun signe extérieur n'annonce l'existence, celles qu'on appelait jadis les servitudes cachées ou latentes. Au surplus, la définition de l'article 689 s'applique moins au droit de servitude qu'aux ouvrages ou signes extérieurs qui l'annoncent. Par suite, l'apparence ou la non apparence d'une servitude tient à l'état matériel des fonds entre lesquels elle existe, alors que la continuité ou la discontinuité tient au mode d'exercice de la servitude. Il résulte de là qu'une servitude rentre nécessairement dans l'un des quatre groupes que voici :

1° Ou bien elle est continue et apparente. Tels sont : le droit de vue s'exerçant au moyen d'une fenêtre, le droit d'avoir des arbres au-deçà des distances réglementaires, la servitude d'aqueduc, la servitude d'égout servant à l'écoulement des eaux pluviales.

2° Ou bien elle est continue et non apparente. Par exemple, la servitude négative « non ædificandi ».

3° Ou bien elle est apparente et discontinue. Telle sont la servitude de passage, s'il y a une voie frayée ou une porte.

4° Ou bien, enfin, elle est discontinue et non apparente. Tels sont les droits de pacage, de puisage,

et s'il n'existe ni chemin, ni porte, celui de passage.

II. — Or, les articles 690 et 691 établissent que, *seules, les servitudes continues et apparentes*, par conséquent, celles du premier groupe, *sont présumées exercées à titre de possession*, car ce sont les seules qui, selon la loi, peuvent être l'objet d'une possession utile. La raison de cette présomption en faveur de la possession est la suivante. Avec les servitudes continues et apparentes, on est en présence d'une permanence et d'une rigueur qui dépassent largement les concessions normales de voisinage et qui permettent de présumer légitimement l'existence du droit réel. Mais *cette présomption peut être renversée*; la preuve contraire résulte soit des faits eux-mêmes, soit d'un écrit constatant que la charge imposée au fonds servant n'existe qu'à titre de simple tolérance.

Elle résulte d'abord des faits eux-mêmes, lorsque le caractère continu ou apparent de la servitude n'est pas établi d'une façon certaine. Ainsi les dépôts de fumier sur le terrain d'autrui ne sont en général que des actes de simple tolérance, mais il a été jugé avec raison qu'ils peuvent perdre ce caractère et constituer des faits de possession juridique s'ils sont habituels et faits dans des emplacements réservés à cet usage (223). Par conséquent, le caractère des actes que l'on prétend être soit de simple tolérance, soit de possession juridique, dépend de l'appréciation souveraine des juges du fait, qui devront s'attacher, d'abord, à la gêne plus ou moins grande que ces actes causent à celui à qui on les

(223) Cass. 26 juillet 1897. D. 1897. 1. 616.

oppose, puis aux usages locaux, aux habitudes du pays où ces actes ont été accomplis.

Le propriétaire du fonds servant peut lui-même vouloir se préserver contre une telle appréciation et ne consentir l'accomplissement de ces actes que contre la reconnaissance, de la part du propriétaire du fonds dominant, d'un écrit reconnaissant que ce dernier n'exerce la servitude qu'à titre de simple tolérance. Quelle va être la valeur d'un tel écrit? On a dit qu'elle était nulle, eu égard à ce qu'il est interdit de renoncer d'avance à la prescription (article 2220); or l'acte opposé contiendrait une renonciation anticipée à ce bénéfice, et, de plus, s'il intervenait au cours de l'exercice de la servitude, on devrait le considérer comme une simple interruption de la prescription commencée, interruption ne comptant que pour le passé. Ce sont là arguments de peu de valeur et contraires à l'établissement de bonnes relations de voisinage. Si, en effet, l'écrit n'avait aucune valeur juridique, les propriétaires pourraient être, au bout du temps requis pour la prescription, victimes de leur bienveillance à l'égard de leurs voisins, bien qu'ils aient cru prendre toutes les précautions nécessaires pour qu'elles n'aient pas de conséquences fâcheuses. Il semble bien, d'autre part, que l'écrit ait la même valeur pour les servitudes que pour le droit de propriété. Nous avons vu, en effet, que la détention résultait d'un titre impliquant obligation de restituer. Or, il en est de même ici; le propriétaire ne consent à l'exercice de la servitude qu'à condition de retrouver plus tard la plénitude de son droit. Pourquoi alors refuser ici les effets que l'on accorde ailleurs? « Dès le jour de la concession, dit Selosse (224), la jouis-

(224) Selosse, thèse citée, p. 124.

sance est dépendante et toute d'emprunt; elle conserve ce caractère pendant toute sa durée, car elle ne se continue qu'en vertu d'une permission du concédant renouvelée à chaque instant ». D'autant plus, ajoute cet auteur, que l'argument tiré de l'article 2220 est inopérant : « Il ne s'agit nullement d'une renonciation à la prescription, mais bien plutôt d'une exclusion de la faculté de prescrire elle-même. Le propriétaire du fonds dominant offre au voisin une situation toute faite de précarité; en l'acceptant, l'autre ne renonce pas à un bénéfice qui n'est pas à sa portée.

III. — Si l'article 690 établit que les servitudes continues et apparentes sont susceptibles de possession, l'article 691 édicte par contre que *les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent être possédées*. La présomption est donc avec ces servitudes en faveur de la tolérance (225). La raison en est qu'elles n'entravent que fort peu l'exercice du droit de propriété et qu'elles s'expliquent par l'idée d'un bon office. Cette raison, « ce sont d'ailleurs les précédents historiques qui nous la font apercevoir, nous dit Bufnoir (292); on admettait difficilement dans l'ancien droit l'acquisition par prescription de ces servitudes de fait, dont en général on a volontiers l'habitude de tolérer

(225) Req. 19 mars 1869. *D.* 1870. I. 116; Req. 2 mai 1919, *S.* 1920. I. 180; Civ. 16 février 1926, *DH.*, 1926, p. 237 (servitude de passage). Civ. 10 décembre 1862 *S.* 1863. I. 77; Req. 23 mars 1874, *S.* 1874. I. 218 (servitude de puisage). Req. 14 mai 1877. *D.* 1878. I. 36. 1878. I. 322 (servitude de pacage).

(226) Bufnoir *op. cit.*, p. 230.

l'exercice entre voisins. On en arrivait même à présumer que certaines servitudes dussent être exercées à ce titre, c'est-à-dire à titre de simple tolérance. C'est cette présomption que le Code civil a voulu réglementer, car il lui fallait trouver un critérium d'application. Et ce critérium, on a cru devoir le formuler de la façon la plus simple et la moins sujette à contestations; ce serait la discontinuité. Toute servitude discontinue est présumée exercée à titre de tolérance. » Une « possession même immémoriale » ne suffit pas à l'établir, déclare l'alinéa 2 de l'article 691, qui va ainsi au delà des solutions de l'ancien Droit.

La présomption ainsi édictée est-elle irréfragable, ou bien, au contraire, *la preuve contraire peut-elle être fournie*? Si cette preuve résulte d'un titre légal ou conventionnel, elle est toujours admise. Ainsi, le propriétaire d'un fonds enclavé passe sur un fonds voisin pour accéder à la voie publique; le passage n'est pas un acte de tolérance, puisque la loi elle-même accorde en cas d'enclave, le droit de passage; en exerçant le passage, le propriétaire du fonds enclavé entend user d'un droit, non d'une tolérance; donc, il a la possession de la servitude (227). Il doit en être de même, lorsque la servitude est discontinue. Qu'il soit légal ou conventionnel, le titre purge la présomption de précarité; la possession des servitudes discontinues est, alors, suivant l'expression des arrêts, « fondée en titre » (228).

Toutefois une controverse existe en doctrine

(227) Req. 10 décembre 1906, *D.* 1908. I. 288, *S.* 1907. I. 135; Req. 6 mars 1934, *Gaz. Pal.* 1934. I. 824.

(228) Civ. 20 février 1922, *D.* 1925. I. 80.

lorsque le titre émane d'un prétendu propriétaire du fonds soumis à la servitude. Qu'elle est la valeur de ce titre? Le titulaire de la servitude va-t-il pouvoir s'en prévaloir contre le véritable propriétaire pour se maintenir en possession, au cas où ce dernier ne voudrait pas tolérer l'exercice de la servitude? Troplong, suivi par de nombreux auteurs (229), estime que cela ne lui est pas permis : « Que serait un titre émané d'un faux propriétaire, puisque, livré à lui-même, il s'écroulerait sans laisser de traces, et qu'il ne peut trouver quelque consistance qu'en empruntant le secours de la possession repoussée par l'article 691 ? » D'autres auteurs estiment, au contraire, que rien n'empêche de prendre la solution contraire qui, en raison, semble plus satisfaisante. Peut-on, en effet, disent-ils (230), parler de tolérance lorsqu'on a acquis par convention de qui se prétend propriétaire la servitude qu'on exerce ? Sans doute, mais il nous semble que la solution légale soit la première, à cause de l'intransigeance des articles 691 et 695.

C. — LES EFFETS DE LA TOLÉRANCE

Nous devons opérer, en cette matière, la distinction qui a été faite en droit romain en ce qui con-

(229) Troplong, Prescription II, n° 857 ; en ce sens Vazeille : Traité des prescriptions I, n° 416 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription, n° 286 ; Marcadé, sous articles 2.229 et 2.234 ; Guillouard, Prescription I, n° 491 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 237.

(230) Cf. Toullier III, n° 629 ; Malleville, II, p. 141.

cerne les effets du « precarium » soit à l'égard du concédant, soit à l'égard des tiers.

a) *Effets de la tolérance à l'égard du concédant*

La situation du titulaire de la tolérance est, à ce sujet, en tous points analogue à celle du précariste du droit romain. Le propriétaire qui tolère l'acte est toujours maître de révoquer à tout moment sa permission sans que son voisin soit admis à user, contre lui, des actions possessoires. La situation faite au titulaire de la servitude est donc plus défavorable, à cet égard, que la situation faite au détenteur. Celui-ci, en effet, possède un titre qui lui permet de conserver la chose pendant un temps déterminé. L'autre, au contraire, est à la merci de son voisin, et il ne peut jamais se prévaloir d'une durée qui aurait pu être accordée à sa possession.

b) *Effets de la tolérance à l'égard des tiers*

Il faut ici distinguer selon qu'il s'agit d'une servitude continue et apparente ou d'une servitude discontinue ou non apparente.

1. *Cas d'une servitude continue et apparente.* — Nous savons que, dans ce cas, la présomption est en faveur de la possession. Or, bien qu'elle soit exercée à titre de simple tolérance, les tiers peuvent, de l'extérieur, penser seulement qu'elle est exercée à titre de possession juridique. En conséquence, le titulaire de la servitude peut s'en prévaloir à leur égard tant que l'adversaire n'a pas fait la preuve de la tolérance. Voilà pourquoi et dans quelle mesure on dit que la précarité, au

sens romain du mot, est un vice relatif : la situation de fait qu'elle entache peut être invoquée à titre de possession, mais seulement à l'encontre des tiers et sous réserve de la preuve contraire.

Cette solution est traditionnelle en jurisprudence, puisqu'elle était admise déjà par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 26 juin 1822 (231), rendu conformément au rapport du conseiller Porriquet. Dans ce rapport, il était fait une distinction judicieuse entre le simple détenteur qui ne possède point, et le possesseur précaire tel qu'il était connu des Romains. Or, à Rome, il n'a jamais été mis en doute que celui qui a une possession violente, clandestine ou précaire a une possession valable à l'égard de tous autres que celui sur lequel il l'a prise. Par conséquent, elle pourra donner lieu à complainte. C'est ce que Pothier affirmait déjà dans son *Traité de la possession* (232).

2. *Cas d'une servitude discontinue ou non apparente.* — La présomption est alors en faveur de la tolérance. Les tiers sont donc fondés à s'en prévaloir pour repousser la complainte exercée par le bénéficiaire de la tolérance. Celui-ci, nous le savons, ne peut prétendre au maintien de sa possession, qu'en renversant la présomption au moyen d'un titre légal ou conventionnel (233).

(231) S. 1822. I. 362; Adde : Civ., 6 mars 1855, D. 1855. I. 2, S. 1855. I. 82, S. 1855. I. 507; Req. 3 janv. 1877, D. 1877. I. 14.

(232) p. 82.

(233) L'exercice de la complainte est alors possible, mais à la faveur d'une véritable possession juridique.

D. — APPENDICE :

COMPARAISON ENTRE LA TOLÉRANCE ET LA DÉTENTION

Cette comparaison nous paraît utile, car il nous faut justifier la solution que nous venons de prendre au sujet des effets de la tolérance, solution qui consiste à distinguer les effets à l'égard du concédant et les effets à l'égard des tiers et que nous n'avons pas admise en matière de détention.

a) *Ressemblances entre détention et tolérance*

Nous les avons mentionnées au passage. L'élément corporel de la détention et de la tolérance est identique : il consiste en l'exercice du droit réel; cet exercice est variable, bien entendu, et est fonction du droit considéré.

L'élément intentionnel, lui aussi, est identique dans les deux cas, mais sous un certain rapport. Bénéficiaire de la tolérance et détenteur n'ont pas l'intention d'exercer un droit propre; ils exercent le droit, mais ils reconnaissent qu'il appartient à autrui, soit au concédant, soit à celui qui a transféré la chose.

b) *Différences entre détention et tolérance*

1. La principale différence réside dans le fait que la tolérance se rapprochant de la précarité dans le sens romain du mot doit inévitablement s'éloigner de la précarité dans le sens actuel du mot. Il résulte de là que dans le cas de la détention, il y a absence de possession tandis que dans le cas de la tolérance, il y a simplement vice re-

latif de possession. Dans la première hypothèse, le véritable possesseur est celui au nom duquel le détenteur possède; par conséquent, c'est à l'égard de tous que le détenteur n'a aucune possession dont il puisse se prévaloir. Dans la seconde hypothèse, au contraire, le défaut de possession n'existe qu'à l'égard de celui qui, par bienveillance, a concédé l'exercice de la servitude. Mais à l'égard de tout autre, il peut y avoir possession utile, à condition, comme nous l'avons remarqué plus haut, qu'il ne s'agisse pas de servitudes discontinues, pour lesquelles il ne saurait y avoir de possession, si ce n'est lorsqu'un titre existe.

Mais il ne faut pas se contenter d'indiquer en quoi consiste la différence; faut-il encore la justifier. Il nous paraît exister une double justification.

Il faut remarquer, en premier lieu, que la convention de tolérance est presque toujours une convention tacite, le résultat d'un laisser-faire beaucoup plus que celui d'un pacte ferme conclu entre les parties. « De sorte que, dit très justement Bufnoir (234), ce titre juridique qui est à la base de la précarité et qui pour tout le monde implique exclusion de l'*animus domini*, n'existe en réalité, et pour ce qui est des apparences et de l'extérieur, — mais en matière de possession tout ne repose-t-il pas sur l'extérieur? — que dans les relations entre celui qui exerce la servitude et celui qui la subit. Pour toute autre personne, le titre faisant défaut, et j'entends par là le titre ferme, constituant une convention faisant preuve de l'*animus* du détenteur, il y a exercice d'un droit,

(234) Bufnoir, *op. cit.*, p. 235.

empiètement sur le fonds d'autrui. Le défaut d'animus ne résulte plus du titre d'entrée en possession : c'est à ceux qui objectent ce défaut d'animus à en faire la preuve. Il ne ressort plus des caractères extérieurs et visibles de la possession elle-même; voilà tout ce qu'on veut dire lorsqu'on déclare que le vice de tolérance est purement relatif ».

Il y a une autre raison dont nous avons déjà dit quelques mots : c'est le caractère essentiellement révocable de la servitude exercée à titre de tolérance. Les relations entre les parties ne sont pas fixes comme elles le sont dans les cas de détention et elles ne sont pas établies d'une façon immuable pour une durée déterminée à l'avance. Le concédant a la possibilité, à chaque instant, de modifier et de résilier la convention. Pourquoi ne pas admettre ce droit pour le concessionnaire ? Sans doute, celui-ci ne pourra pas se prévaloir d'un changement d'animus dans ses rapports avec le concédant, « mais vis-à-vis des tiers, pour qui le titre ne constitue pas une garantie de fixité des intentions initiales, la théorie d'une présomption d'animus, ou de défaut d'animus impliquée, ou incarnée, dans le titre, ne peut plus se soutenir ». Il faut donc admettre pour la tolérance, l'idée de relativité.

Cette idée, toutefois, n'a pas été admise, il nous faut le reconnaître, par tous les auteurs classiques. Certains d'entre eux se sont arrêtés aux ressemblances qui unissent détention et tolérance, sans voir la différence essentielle qui les sépare, et même, parfois, sans voir les différences secondaires que nous allons étudier maintenant. C'est ainsi que Baudry-Lacantinerie et Tissier, Guillaud,

Laurent estiment que le vice de précarité est un vice absolu autant pour le droit de servitude que pour le droit de propriété. « Ce n'est pas seulement contre celui de qui il tient la permission d'agir, écrivent Baudry-Lacantinerie et Tissier (235), que le détenteur ne peut invoquer la détention, mais contre qui que ce soit; il n'a à l'égard de personne la possession voulue par la loi pour conduire à la prescription : bien que, nous l'avons dit, sa situation se rapproche de celle du précariste romain, il nous paraît difficile d'appliquer ici la règle romaine qui considérait la possession du précariste comme utile à l'égard de tous autres que le possesseur ». Pareillement, Guillouard écrit (236) : « La possession à titre de tolérance n'est qu'une des formes de la possession précaire : le possesseur n'a pas l'*animus domini*, pas plus que celui contre lequel on possède n'a la pensée qu'il laisse acquérir un droit en faisant acte de tolérance et de bon voisinage. La possession manque donc de l'une des conditions exigées par l'article 2229, elle n'est pas à titre de propriétaire, et dès lors elle ne peut conduire à la prescription à l'égard de personne.

Ces auteurs nous paraissent faire ainsi une confusion regrettable à plus d'un titre. Nous avons vu une première différence, capitale, à notre avis, contre laquelle aucun argument véritable n'est apporté. Ce n'est pas la seule; examinons maintenant les deux autres.

(235) Baudry-Lacantinerie et Tissier, Prescription, n° 284.

(236) Guillouard, Prescription I, n° 492, comp. Laurent XXXII, n° 297.

2. Il existe une nouvelle différence importante entre tolérance et détention. Alors que, dans tous les cas de détention, par définition, il y a mainmise au moins partielle de la part du détenteur, dans les cas de servitude, cette mainmise n'existe pas, ou tout au moins, le propriétaire du fonds servant ne perd, en aucune façon, la sienne. Il continue à posséder sa chose, au sens matériel du mot. C'est ce qu'on exprime en disant que la possession des servitudes réalise, non la détention de la chose d'autrui, mais un empiètement sur le droit d'autrui.

3. Enfin, il existe une troisième différence, moins apparente il est vrai. L'élément intentionnel de la détention et celui de la tolérance se rapprochent, avons-nous vu, d'un point de vue négatif : on ne prétend à aucun droit sur la chose. Ils se séparent d'un point de vue positif. Alors que le détenteur entend, tout au moins dans les cas de détention pure, reporter au possesseur le bénéfice des actes de possession qu'il accomplit, le titulaire de la tolérance, au contraire, entend toujours, — et en cela la notion de tolérance est beaucoup plus simple que celle de détention — exercer le droit pour son propre compte, dans son propre intérêt. Sans doute, on peut légitimement affirmer que lorsqu'un fonds dominant est donné en usufruit et que l'usufruitier profite des servitudes qui y sont attachées, il ne fait qu'exercer les droits du propriétaire et possède pour lui; mais c'est là une conséquence de la détention du fonds lui-même, plutôt que l'exercice séparé et distinct de la servitude; on ne saurait, d'autre part, concevoir une servitude s'exerçant au nom et pour le compte

du propriétaire du fonds servant : « Nemini res sua servit » (237).

§ 2. — LES OCCUPATIONS PRIVATIVES
DU DOMAINE PUBLIC

Le domaine public est normalement réservé à l'usage de tous. Chacun a la possibilité juridique, sans pour cela avoir besoin d'obtenir une autorisation de l'administration, de circuler sur la voie publique, de stationner devant un magasin, à pied ou même avec une voiture, ou bien encore d'entrer dans un établissement réservé au culte. Ce sont là des utilisations dites communes ou collectives qui sont caractérisées par le caractère essentiellement temporaire et passager de l'occupation du domaine public; elles n'impliquent aucune emprise sur une portion déterminée de ce domaine. Il est cependant admis, d'autre part, que l'administration a le droit et même le devoir de faire produire au domaine public toutes les utilités qu'il peut comporter; or, pour ce faire, il peut être nécessaire qu'elle consente à un particulier juridiquement individualisé l'usage personnel d'une dépendance de ce domaine. *La question se pose alors de savoir quels vont être les droits de ce particulier et comment il va les exercer.*

Il peut paraître étonnant que cette question puisse nous intéresser puisque notre sujet a pour champ d'investigation le droit privé. Nous ne cachons pas qu'elle puisse sembler dépasser le cadre de

(237) Cf. Aubry et Rau, 5^e éd. II, § 180, p. 128; Selosse, thèse, p. 126.

notre matière. Mais il nous paraît utile de rappeler, dans leurs grandes lignes (entrer dans les détails demanderait un volume entier), les solutions qui ont été proposées car elles ont fait souvent appel à des notions de droit privé et particulièrement aux notions de « precarium » et de possession. Mais avant d'exposer les théories doctrinales, il faut donner les solutions jurisprudentielles, car, ici, comme dans toutes les matières dépendant du droit administratif, c'est la jurisprudence qui, en l'absence de la loi, a élaboré les situations juridiques.

A. — LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

La jurisprudence, lorsqu'elle reconnaît certains droits aux occupants du domaine public distingue selon la situation juridique de ces derniers. L'Administration, en effet, permet à un particulier d'utiliser une dépendance du domaine public par un acte qualifié soit de concession, soit de permission. Il y a concession quand le particulier passe avec l'Administration un acte qui, au moins sous certains rapports, est de nature contractuelle; par suite, si l'occupant n'acquiert pas, par cet acte, un droit sur le domaine lui-même, il acquiert cependant certains avantages personnels vis-à-vis de l'Administration. La concession est généralement accordée à une entreprise ressemblant à un service public et ayant besoin, pour fonctionner, d'utiliser une parcelle du domaine. Il y a permission, au contraire, quand l'autorisation reste pure et simple, c'est-à-dire quand le

particulier dispose de la chose par un acte unilatéral, gracieux et discrétionnaire.

Cette opposition entre concessions et permissions est, cependant, plus apparente que réelle, car l'Administration a une tendance de plus en plus marquée à introduire dans les permissions des clauses que l'on rencontre dans les concessions (238). Aussi ne marquerons-nous pas, d'une façon principale, la différence. *Nous opérerons, par contre, une distinction fondée sur le mode d'exercice du droit conféré au particulier.* Dans certains cas, en effet, l'exercice du droit qui lui est conféré par la jurisprudence comporte la détention exclusive d'une partie du domaine public; la mainmise du particulier exclut toute autre mainmise. Dans d'autres cas, au contraire, l'exercice du droit présente quelque analogie avec l'exercice d'une servitude; la dépendance du domaine utilisée par l'occupant peut aussi servir à d'autres individus. Mais, même dans cette dernière hypothèse, il est important de constater que la jurisprudence n'accorde un droit à l'occupant que si l'occupation privative du domaine emporte « emprise du sol et modification de son assiette » (239). Si cette emprise n'est pas réalisée, — il s'agit alors de dépôts et de stationnements sur la voie publique — les droits de l'Administration propriétaire ne sont en rien compromis; car il n'est jamais permis au particulier d'invoquer un droit immobilier sur la chose.

(238) Cf : Rigaud, La Théorie des droits réels administratifs. Thèse, Toulouse, 1914, pp. 93 et 149. V. aussi Ségur : Les permissions de voirie, thèse Bordeaux, 1912, p. 255 et s.

(239) C. E., 30 novembre 1882.

a) *Occupations emportant détention exclusive*

1. *Concessions de chemin de fer.* — C'est principalement à l'occasion de ces concessions que la jurisprudence s'est formée.

Elle a d'abord posé, en principe, que les Compagnies de chemin de fer ne sauraient avoir la propriété des terrains qu'elles utilisent. La loi du 15 juillet 1845, article 1^{er}, au demeurant, leur imposait cette solution, puisqu'elle dispose que les chemins de fer exécutés par l'Etat ou concédés font partie de la grande voirie, c'est-à-dire du domaine public inaliénable et imprescriptible (240). *Au regard du droit de propriété*, tout au moins, *les chemins de fer sont dans une situation précaire*. Ils n'ont même pas un droit réel démembre de la propriété, droit réel d'usufruit ou emphytéose, puisque le 15 mai 1861 (241), la Cour de Cassation est venue déclarer qu'« à quelque point de vue qu'on se place, les droits des Compagnies sur les chemins de fer sont purement mobiliers », et que « la jouissance des Compagnies, quelle qu'en soit l'importance et la durée, n'a jamais le caractère d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue comportant un démembrement de la propriété publique contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité ».

Par la suite, la question se posa de défendre les terrains concédés aux Compagnies contre les

(240) V. : C. E., 8 fév. 1851, Chem. de fer du Centre, S. 151. 2. 450; 23 mars 1900, Min. des finances, S. 1902. 3. 66 et les renvois.

(241) S. 1861. I. 888; P. 1861. 911.

entreprises des tiers, et il apparut que le concessionnaire était mieux à même que l'Administration d'assurer cette défense. La jurisprudence a, dans ce but, consacré, au profit des Compagnies, le pouvoir d'intenter la plainte. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt Clertan de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, rendu le 5 novembre 1867 (242), qui pose que « si les Compagnies ne sont pas propriétaires des voies qui leur ont été concédées et si leur possession est précaire par rapport à l'Etat, on ne saurait contester qu'elles n'aient reçu de l'Etat le droit de les exploiter à leur profit et qu'elles ne soient chargées de veiller, sous leur propre responsabilité, à la conservation de tout ce qui forme l'objet de la concession; que ce droit et cette obligation impliquent le pouvoir d'exercer les actions possessoires, qui sont essentiellement des actes conservatoires et d'administration ».

La distinction était ainsi faite entre la possession utile à l'égard des tiers et la possession précaire à l'égard de la personne concédante. Au reste, cette possession précaire vis-à-vis de l'administration qui, au débat, impliquait l'inexistence de tout pouvoir, quel qu'il soit, a été limitée. On déclara, en effet, que la précarité ne pouvait être invoquée sans raison, qu'au contraire le retrait ou la limitation de la concession ne pouvait avoir lieu que si l'intérêt de la voirie était en jeu.

Finalement, il restait à qualifier le droit des Compagnies sur les terrains concédés. C'est ce que

(242) S. 1867. 1. 417.

fit un arrêt du Conseil d'Etat, (Chemin de fer d'Orléans, du 25 mai 1906 (243). D'après cette décision, le concessionnaire a sur les terrains concédés « un droit exclusif de jouissance ».

2. *Permissions de voirie.* — Nous entendons par là toutes les autorisations qui ont pour but de permettre à un particulier de faire un usage exceptionnel de la voie publique; il en est ainsi lorsqu'on lui permet d'édifier des établissements de pêche, de bains ou des usines hydrauliques.

Dans toutes ces hypothèses, nous constatons que la situation du permissionnaire est analogue à celle du concessionnaire de chemins de fer. Tout d'abord, elle est opposable aux tiers. Ceux-ci ne peuvent se prévaloir de la précarité à laquelle cette situation est soumise au regard de l'Administration. Le permissionnaire pourra donc intenter la complainte contre les tiers, tout aussi bien que le concessionnaire (244).

Vis-à-vis de l'administration, la précarité se manifeste en ce que l'administration peut révoquer la permission, et en principe, sans indemnité. Mais cette précarité est très limitée à raison du contrôle que le Conseil d'Etat exerce sur les décisions de l'Administration, grâce au contentieux de l'annulation. Dans cet ordre d'idées, il a d'abord été admis que le retrait de l'autorisation pouvait

(243) S. 1908. 3. 65 et note Hauriou.

(244) Cass. 6 mars 1855, S. 1855. I. 507; 9 novembre 1858, S. 1859. I. 116; 11 juillet 1859, S. 1860. I. 355; 12 avril 1863, S. 1863. I. 479; 23 avril 1863, S. 1863. I. 479; 20 janvier 1879; S. 1880. I. 465; 13 janvier 1891; S. 1891. I. 302, D. 1191. I. 148; 9 décembre 1895, S. 1897. I. 405; 15 janvier 1905, S. 1907. I. 461.

être opéré lorsque cette autorisation se trouvait être contraire à une décision passée en force de chose jugée ou à un engagement contractuel; le retrait a ici pour but de faire cesser un état de choses contraire au droit (245). Ensuite un autre cas de retrait fut admis. Il avait été reconnu que l'administration pouvait accorder les autorisations sous certaines conditions particulières; il fut décidé que ces autorisations pourraient être retirées au cas d'inobservation des conditions. Enfin, récemment, la jurisprudence a reconnu à l'Administration le droit de retirer une autorisation dans l'intérêt d'un service public, soit pour faciliter le service et le défendre contre un concurrent (246), soit pour permettre sa création ou son installation (247).

3. *Concessions dans les cimetières.* — Les concessions sont de trois types : 1° Les concessions perpétuelles; 2° les concessions trentenaires, renouvelables indéfiniment; 3° les concessions temporaires, faites pour une durée fixe de quinze ans.

La jurisprudence accorde les actions possessoires au concessionnaire à titre temporaire, mais hésite en ce qui concerne la nature de son droit (248). Au reste, elle s'est surtout prononcée pour les concessions perpétuelles. A leur sujet, les Tribunaux civils admettent qu'elles confèrent au concessionnaire un véritable droit réel immobilier que

(245) C. E., 27 septembre 1901, S. 1902. 3. 33 et la note.

(246) C. E. Chambre syndicale des loueurs d'autocars, 26 juin 1931, p. 707.

(247) C. E. Fabre, 20 mai 1927, p. 581; Taillandier, 6 mai 1932, S. 1932, 3, 68.

(248) Cass., 4 janvier 1893, S. 1893, 1, 227.

les arrêts qualifient tantôt de « droit réel d'une nature spéciale » (249), tantôt de « propriété privée sui generis » (250). Toutefois, la Cour de Cassation considère que les cimetières font toujours partie du domaine public, et que par suite, ils subissent la règle de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité; ainsi elle refuse d'admettre la prescription trentenaire comme mode de preuve de l'existence du droit du concessionnaire (251). Il en résulte que la jurisprudence essaie de concilier l'existence du droit réel au profit du concessionnaire et le fait que les terrains concédés font partie du domaine public. Elle est ainsi conduite à admettre que, si vis-à-vis des tiers, le droit réel doit emporter une protection équivalente à celle dont fait l'objet le droit de propriété (252), il doit s'incliner lorsqu'il s'agit de respecter les règles d'inaliénabilité ou d'imprescriptibilité du domaine ou encore l'affectation du sol du cimetière (253).

(249) Cass. Req., 18 janvier 1911, D. 1911. I. 341; civ. 12 février 1901, D. 1905. I. 495.

(250) Toulouse, 25 avril 1904, S. 1905. 2. 9; D. 1906. 2. 97 et les arrêts cités en note.

(251) Voir Paris, 29 juin 1896, Maillochon, D. 1897, 2. 501 et la note, et Cass. Req., 9 juin 1898, D. 1899. I. 111 qui confirme cette décision.

(252) Le concessionnaire a l'action en revendication : C. E., 19 mars 1863, Gastangt, D. 1863. 3. 37 et les actions possessoires : Trib. civ. Pondichéry, 30 octobre 1903 sous civ., 6 mars 1907, D. 1907. I. 228.

(253) V. art. 3, décret du 23 prairial, an XII, art. 5, ordonnance 6 décembre 1843.

b) *Occupations n'emportant pas de détention exclusive :*

1. *Aisances de voirie.* — On appelle ainsi les droits de vue, d'accès qui appartiennent aux riverains sur la voie publique; on peut ajouter aussi le droit d'écoulement des eaux ménagères et le droit de stationnement des véhicules sur la voie publique devant les immeubles des riverains pour les desservir.

Ces divers droits ont d'abord été considérés par beaucoup d'arrêts comme de véritables servitudes existant au profit de la propriété riveraine et à la charge de la voie publique (254). Le riverain était ainsi admis à user des actions possessoires et pétitoires à l'occasion des troubles causés par l'administration. De plus, si l'administration procédait au déclassement et à l'aliénation de la voie, en vertu du droit de suite afférant à toute espèce de servitude, le riverain pouvait opposer son droit au tiers acquéreur et réclamer de lui restitution du droit ou indemnité (255).

Mais, par la suite, la Cour de Cassation évite de prononcer le terme de servitude; elle a recours à l'appellation vague de droit « sui generis » pour désigner le droit d'accès ou de vue (256). Ce droit entraîne toujours la possibilité d'agir contre les tiers au possessoire (257). Mais l'administration

(254) Cass. 11 février 1828, S. 1829. 1. 164.

(255) Cass. 12 juillet 1842. S. 1842. 1. 595; D. Rep. v° Propriété, n° 166.

(256) Rouen, 2 juin 1892, D. 1892. 2. 448 et les arrêts cités en note.

(257) Cass. 15 juin 1895, D. 1895. 1. 506; 5 janvier 1869, D. 1869. 1. 12 et arrêts antérieurs remontant à 1829, cités par Auby et Rau, II, 5^e éd., § 185, p. 197.

conserve la faculté de faire sur la voie publique les changements ou modifications qu'elle juge nécessaires; les droits de jour et d'accès des riverains ne s'opposent pas à ces modifications, pas plus qu'ils ne s'opposent au déclassement (258).

2. *Les concessions de tramways.* — Les solutions jurisprudentielles ne diffèrent guère, en ce qui les concerne, de celles que nous avons rencontrées pour les concessions de chemin de fer. Sans doute, la voie qui est occupée par la ligne de tramways continue à être livrée à tout autre genre de circulation, mais il n'en est pas moins vrai que la compagnie de tramways a un droit exclusif de jouissance sur ses lignes, que, même, selon le Tribunal de Commerce de la Seine, le droit de la Compagnie sur les rails et le courant électrique constitue une « propriété incontestable pour le concessionnaire ».

Ce droit exclusif de jouissance est naturellement opposable aux tiers. Et, de plus, il n'est pas absolument précaire à l'égard de l'administration, puisque la concession est faite pour une certaine durée et que la révocation ne peut avoir lieu que dans l'intérêt du domaine.

B. — THÉORIES PROPOSÉES POUR EXPLIQUER LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Nous allons maintenant passer rapidement en revue les principales théories qui ont été présentées dans le but d'expliquer, de justifier ou de critiquer les solutions de la jurisprudence.

(258) Cass. 2 février 1830, D. 1881. I. 255 et les arrêts cités en note.

(259) 8 août 1908, D. 1909. 5. 5.

a) *Théorie en honneur chez civilistes :*
le « precarium »

I. — Les auteurs de Droit civil se sont surtout attachés, et nous les suivrons entièrement sur ce point à expliquer pourquoi le concessionnaire ou le permissionnaire a la possibilité d'exercer l'action possessoire contre les tiers et pourquoi le droit en vertu duquel cet exercice a lieu n'est pas opposable à l'administration. Or, l'exercice de l'action possessoire, du moins de la complainte n'est autorisé, nous le savons qu'au possesseur « *cum animo rem sibi habendi* ». Autrement dit, c'est par la prétention à un droit réel immobilier que cet exercice peut s'expliquer. Si nous allons jusqu'au bout du raisonnement, il nous est permis de dire que le concessionnaire doit avoir la possibilité, au bout du temps requis pour l'usucapion, de prescrire la parcelle du domaine public qui lui a été attribuée. Or, une telle possibilité se heurte au principe intangible de l'inaliénabilité de ce domaine. Telle est la difficulté. Les auteurs l'ont tournée en faisant appel à la notion romaine de précarité.

1. Ils ont dit tout d'abord : *le concessionnaire est un possesseur précaire*; sa possession est entachée du vice de précarité au regard de la personne administrative concédante. Par conséquent, du fait de cette précarité, il n'obtient aucun droit sur la chose et, a) s'il intente contre le concédant l'action possessoire, cette action se heurte à l'exception de domanialité qui est infrangible; b) jamais sa possession ne peut le conduire à l'acquisition par usucapion d'un droit réel. Ceci est vrai, même pour les concessions dans les cimetières, car le

droit de propriété dont parle la jurisprudence n'est pas un véritable droit de propriété. C'est ainsi que pour des raisons d'hygiène publique l'Administration peut être conduite à changer l'emplacement du cimetière; les concessionnaires n'ont pas le pouvoir de se maintenir sur l'ancien emplacement, mais ils peuvent obtenir la continuation de leur concession sur le nouveau terrain.

2. Mais les auteurs ont ensuite estimé : *le vice de précarité dont la possession du concessionnaire est atteinte, n'est pas absolu, mais simplement relatif et n'existe qu'à l'égard de l'administration.* A l'égard des tiers, la possession de l'occupant est utile et l'autorise à exercer l'action possessoire. Le concessionnaire ou le permissionnaire est dans une situation analogue à celle du précariste en droit romain (260).

II.— La théorie civiliste est sujette à des critiques. La figure du « precarium » ne convient pas d'une manière adéquate pour expliquer la situation de l'occupant d'une parcelle du domaine public. Le titulaire d'une dépendance de ce domaine, en effet, est mieux protégé que le précariste ou que le titulaire d'une servitude exercée à titre précaire contre la révocation du concédant. La caractéristique du « precarium » ou de la tolérance est la possibilité de révocation « ad nutum ». Avec la concession ou même la permission il n'en est pas de même. Nous savons tout d'abord que les concessions sont ordinairement faites pour une cer-

(260) V. Aubry et Rau, 6^e éd. II., p. 188; Planiol. Traité élémentaire, 2^e éd. 1901, n^os 2088 et s. Hauriou a soutenu la même théorie avant 1908. V. Hauriou, Précis de Droit administratif, 3^e éd. 1897, p. 674.

taine durée (concessions dans les cimetières, concessions de chemins de fer). De plus, même pour les permissions, la révocation n'est possible que si l'intérêt du service public est en jeu, et le Conseil d'Etat peut annuler la décision de révocation pour excès ou détournement de pouvoir.

Il n'en reste pas moins vrai que l'analogie avec le « precarium » demeure en ce que vis-à-vis de l'administration, le concessionnaire n'acquiert aucun droit réel, tandis que, vis-à-vis des tiers, la possession est protégée.

b) *Théorie des droits réels administratifs*

I. — C'est cette possession qui est accordée au titulaire d'une dépendance de domaine public et aussi le fait qu'il n'est pas dans une situation toute de tolérance vis-à-vis de l'administration, qui ont incité certains auteurs de Droit administratif à rechercher si un droit réel d'une nature spéciale, administrative, ne serait pas sous-jacent. Ces auteurs ont ainsi élaboré la théorie dite des droits réels administratifs (261).

Leur point de départ est absolument certain. Ils constatent que les actions possessoires, particulièrement la complainte, sont accordées à l'occupant du domaine public. Or la complainte est une action fondée sur la possession juridique, elle suppose donc l'*animus domini*, c'est-à-dire la prétention à l'existence d'un droit réel en faveur du possesseur. Si l'on admet l'exercice de la com-

(261) Elle trouve son origine dans un passage de Planiol loc. cit. n° 2080; elle a été élaborée par Hauriou dans une note au S. 1908. 3. 65 et défendue par Rigaud, thèse citée.

plainte, on est donc forcé d'admettre corrélativement l'existence d'un droit réel. Mais, dirait-on immédiatement, une telle déduction est en opposition avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public. De ce principe, il découle qu'il ne peut être démembre, or tout droit réel, du moins dans la théorie classique, est un démembrement de la propriété. Les partisans de la théorie des droits réels administratifs se tirent de la difficulté en distinguant, d'une part, les droits réels du droit civil, d'autre part, les droits réels du droit administratif. Si les premiers sont de véritables démembrements de la propriété, il n'en n'est pas de même des seconds qui sont résolubles dès que l'intérêt public est en jeu (262). Comme l'observe Hauriou, « il n'y a que les droits réels perpétuels ou non rachetables qui soient des démembrements de la propriété, et, par conséquent, des aliénations totales ou partielles » (263).

Ce n'est pas la seule objection à laquelle répondent les partisans de la théorie que nous exposons. Ils reconnaissent aussi qu'on peut rejeter leur conception du fait qu'un droit réel est, par essence, opposable à tous, alors que le droit du concessionnaire n'est pas opposable à l'Administration. Cette antinomie ne les arrête pas. Ils constatent d'abord que ce droit de l'occupant n'est pas absolument inopposable à l'Administration puisque celle-ci doit invoquer l'intérêt public pour être admise à révoquer la concession ou la permission. Par conséquent, tant que cet intérêt est sauvegardé, le concessionnaire peut se maintenir dans sa posses-

(262) V. Rigaud, *op. cit.*, n° 163, p. 293 et s.

(263) Hauriou, note au S. 1913. 3. 81.

sion envers et contre tous, même contre l'Administration. De plus, il ne faut pas croire que les droits réels du droit civil soient eux-mêmes aussi absolus qu'on veut bien le dire. La preuve en est qu'ils doivent eux aussi s'incliner devant l'intérêt public puisque l'expropriation pour cause d'utilité publique entraîne la révocation du droit du propriétaire ainsi que la résolution des droits réels et leur remplacement par une indemnité équitable (264).

En définitive, Hauriou nous invite « à modifier nos formules et aussi nos conceptions; il n'est plus suffisant de qualifier, continue-t-il, le concessionnaire du domaine public de possesseur précaire; derrière la possession qui n'est qu'une protection avancée du droit réel, le droit réel s'est en effet révélé peu à peu; le concessionnaire du domaine public s'est affirmé titulaire d'un droit réel opposable à tous, même à l'administration concédante, sauf la ligne de la précarité » (265).

II. — Cette théorie des droits réels administratifs a été critiquée par les disciples de Duguit. Ceux-ci, au nom des conceptions générales de leur maître, se sont insurgés contre les idées défendues par Hauriou et ont considéré que tous les occupants du domaine public sont dans une situation légale relevant uniquement du droit public. Ils se refusent à admettre une catégorie nouvelle de droits réels qui seraient de nature administrative et rejettent tout droit réel sur le domaine comme faisant obstacle au principe de l'inaliénabilité

(264) Rigaud, *op. cit.*, n° 164, p. 295 et s.

(265) Hauriou, note au S. 1913. 3. 81.

(266). De plus, ils critiquent l'emploi de l'action possessoire en matière administrative, ou tout au moins ils ne l'acceptent qu'à contre-cœur, en l'absence d'une action spéciale. Ils constatent, au surplus, que la jurisprudence s'est servie de la complainte sans principe directeur, l'appliquant à des situations qui nécessitaient une protection juridique et qui en étaient dépourvues, sans pour cela rester obligatoirement dans les limites de l'*animus domini* (267). En conséquence, il faut, toujours selon ces auteurs, pour trouver une bonne solution, s'en référer aux principes généraux. C'est ainsi que, pour les aisances de voirie, le riverain puise, selon eux, le fondement de son droit dans la destination de la voie et l'affectation de la voie à cette destination (268). Pour les concessions ils s'en rapportent à l'idée de service public et à la nature juridique de la concession (à la fois acte-règle, acte-condition et contrat). Le fondement de l'action délivrée contre les tiers réside ainsi dans la nécessité d'utiliser les dépendances du domaine pour faire fonctionner le service public. Puisqu'il appartient au concessionnaire d'assurer ce fonctionnement, c'est à lui de faire respecter l'utilisation des dépendances, d'autant plus qu'il est mieux placé pour le faire. Mais, « vis-à-vis de l'administration, le concessionnaire se trouve en présence d'une affectation à un service public d'une dépendance du domaine public; il n'a pas un droit absolu au maintien de cette affectation. L'autorité

(266) Bonnard, Précis de droit administratif, 3^e éd., p. 732.

(267) Ségur, *op. cit.*, n° 135.

(268) Bonnard, *op. cit.*, p. 661.

concedante, qui a apprécié discrétionnairement l'opportunité de l'affectation, a le même pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de la désaffectation. Seulement, si la désaffectation porte atteinte à la situation individuelle du concessionnaire, c'est-à-dire lui cause un dommage qui rompt l'équilibre financier de la concession, il aura droit à une indemnité à raison du dommage que lui cause la désaffectation » (269).

C. — CONCLUSION

Il n'est pas dans notre intention de prendre directement parti sur la question qui nous occupe. Elle relève principalement du droit public et le but que nous avons poursuivi dans son exposé a été de montrer l'influence que la théorie de la possession et la théorie de la précarité ont eu dans les solutions qui ont été proposées. Nous croyons que l'étude des solutions jurisprudentielles et doctrinales a répondu amplement à ce but. Toutefois, nous ne voulons pas terminer sans marquer les analogies qui demeurent, quelles que soient les théories, entre la situation des occupants du domaine public et les détenteurs ou les titulaires d'une servitude exercée à titre de tolérance.

Nous avons déjà constaté que certains occupants du domaine public ont la détention exclusive de la parcelle utilisée. Comme d'autre part, ils ont l'exercice de l'action possessoire, ils sont sensiblement dans la situation des détenteurs et possesseurs partiels. Cette ressemblance est beaucoup

(269) Bonnard, *op. cit.*, p. 733.

plus frappante si, au lieu d'envisager les droits de l'occupant par rapport aux personnes avec qui il entre en relations, on envisage ces droits tels qu'ils portent sur la chose. On peut, en effet, considérer dans ce cas que l'occupant a seulement la détention de la chose considérée dans son individualité, mais qu'il a la possession d'un droit réel de jouissance, à cette nuance près, et certes elle a son importance, que ce droit réel cède devant l'intérêt supérieur du service public. Lorsque l'exercice du droit conféré à l'occupant n'emporte pas détention exclusive, mais simplement, pourrait-on dire, empiètement du domaine public, l'analogie est frappante avec le mode d'exercice d'une servitude à titre de tolérance. Dans les deux hypothèses, les effets à l'égard des tiers sont identiques. Mais la situation n'est pas la même vis-à-vis de la personne concédante. Nous savons, en effet que l'occupant est mieux placé à cet égard que le titulaire d'une tolérance.

Nous avons ainsi terminé l'étude de toutes ces situations qui rappellent la situation du détenteur, telle que nous l'avons définie, sans être tout à fait cette situation. Dans toutes les hypothèses ainsi envisagées, nous avons constaté qu'il y avait place pour certains effets de droit, et pour une certaine protection, la protection possessoire. Ces situations ne sont donc plus des situations de fait, mais des situations juridiques. Elles nous montrent ainsi ce qui peut être fait pour des notions voisines de la notion de détention. Mais, pour celle-ci, le problème reste encore entier, à moins que la détention ne s'accompagne d'une possession partielle. La notion de détention, au stade que nous venons d'atteindre, est toujours une

notion de fait; elle n'a pas encore reçu la consécration du Droit; jamais, en particulier, nous n'avons constaté que la détention ait droit soit à la protection possessoire, soit à une protection spéciale. Est-ce qu'une telle constatation est conforme à la réalité juridique? C'est ce que nous nous proposons de rechercher dans le titre suivant.

TITRE II

Juridicité de la notion de détention

Nous avons vu plus haut que la conception matérielle de la détention était pour les auteurs classiques la conséquence inéluctable du défaut d'*animus domini* dans la personne du détenteur. Du fait que celui-ci ne prétendait à l'exercice d'aucun droit réel, il ne pouvait bénéficier d'aucun des avantages que le Droit confère au fait juridique de la possession. Nous avons remarqué aussi que la doctrine classique ne s'était pas souciée de rechercher si, dans notre Droit positif, il existait une protection particulière à la détention, et que, de plus, elle rattachait les effets qui paraissent être produits par la détention à des principes généraux ou à l'existence d'un droit de créance.

C'est à toutes ses conséquences que nous voulons présentement nous attaquer. Notre argumentation aura pour principal but de prouver la *juridicité de la notion de détention en démontrant que cette notion relève de la notion plus générale de fait juridique*. Nous aurons ainsi prouvé, en même

temps, que l'*animus domini* est indifférent à la question de la reconnaissance de la détention par le Droit. Or, la détention sera un fait juridique si nous montrons la similitude de ses fonctions avec celles du fait juridique. Une similitude de fonctions entraînera en effet une identité de notions. Toutefois, tout ceci ne peut devenir clair qu'à condition d'être fixé sur la nature des fonctions du fait juridique. Là encore, l'unanimité n'est pas encore faite et, avant toute discussion, il nous faut prendre position en cette matière. Nous suivrons, sous ce rapport, la doctrine de M. Bonnecase (270).

Cet auteur constate que le fait juridique « lato sensu », ou bien l'acte juridique et le fait juridique dans son sens étroit, a une double fonction, tout d'abord une fonction immédiate et invariable qui est « la mise en mouvement d'une règle de droit ou d'une institution juridique », ensuite une fonction médiate et contingente qui se traduit par « la naissance de situations juridiques diverses ». Il faut déplorer que la doctrine classique se soit particulièrement attachée à la fonction médiate de l'acte juridique ou du fait juridique et n'ait pas su dégager sa fonction immédiate. « C'est un tort, affirme M. Bonnecase, aussi bien au point de vue de l'analyse juridique qu'au point de vue de la mise en œuvre du Droit civil et des besoins pratiques. Il est évident, en effet, sous le rapport de l'analyse juridique, qu'on ne considère de la sorte que les résultats concrets de l'acte juridique et du fait juridique, laissant de côté le mécanisme

(270) Bonnecase, Précis II, n° 457 et s.; Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, II, n° 444 et s.

au moyen duquel s'obtiennent ces résultats. La portée pratique d'une pareille conception ne manque pas de se faire sentir; c'est la toute-puissance de l'acte juridique et son égalité avec la loi comme générateur d'effets de droit qui sont proclamées... Or, c'est là une conclusion inexacte; l'acte juridique n'opère que par la loi et dans les limites de la loi... De là, la nécessité de mettre nettement en relief que la fonction immédiate de l'acte juridique et du fait juridique se traduit par la mise en mouvement d'une règle de droit ou d'une institution juridique ».

Cette mise en mouvement des règles de droit par l'acte juridique ou le fait juridique a pour effet de conférer à un individu ou à un groupement une situation juridique concrète (271). Cette situation juridique est relative soit au droit de famille, soit au droit du patrimoine et se révèle par l'acquisition soit d'un droit de famille, soit d'un droit réel, soit d'un droit de créance.

(271) M. Bonnecase définit ainsi la situation juridique concrète (Intr. n° 56) : « La situation juridique concrète qui absorbe la notion de rapport de droit concret est, par opposition à la situation juridique abstraite, une manière d'être dérivée pour une personne déterminée d'un acte juridique ou d'un fait juridique qui a fait jouer à son profit ou à son encontre les règles d'une institution juridique et lui a du coup conféré effectivement les avantages et les obligations inhérents au fonctionnement de cette institution ». La situation juridique abstraite peut se définir « la manière d'être éventuelle ou théorique de chacun au regard d'une institution juridique déterminée » (n° 45 bis). En conséquence la notion de situation juridique, le terme étant employé d'une façon indéterminée, « correspond à la manière d'être de chacun vis-à-vis d'une institution juridique déterminée ».

Les fonctions du fait juridique (puisque c'est le seul qui, ici, nous intéresse) étant ainsi mises au point, *il nous faut maintenant prouver que la détention a une fonction immédiate, à savoir la mise en mouvement d'une règle de droit*, ce qui revient au fond à prouver l'existence du Droit en la matière, et que *la détention a aussi une fonction médiate, la création de la situation juridique de détenteur*, cette situation se traduisant pour celui-ci par le fait d'être investi d'un ensemble d'avantages ou d'obligations. Nous aurons principalement en vue dans cette démonstration le détenteur qui n'est muni d'aucun droit réel. Nous avons vu, en effet, que s'il est doté d'une possession partielle, il bénéficie ainsi indirectement des avantages conférés à la possession, à moins qu'il ne soit question d'acquérir la propriété de la chose. Autrement dit, l'objet principal de notre étude est désormais la détention en tant qu'elle est dépouillée de toutes les notions connexes qui viennent si souvent la compliquer.

CHAPITRE PREMIER

La fonction immédiate de la détention

CRITIQUE DE LA CONCEPTION MATÉRIELLE DE LA DÉTENTION DANS LA DOCTRINE CLASSIQUE

Il n'est pas étonnant que les auteurs classiques n'aient fait aucun cas de la fonction immédiate de la détention (mise en mouvement de la loi au sens général, c'est-à-dire du droit positif, en la matière) puisqu'ils n'ont pas, d'une façon générale, constaté l'existence de cette fonction du fait juridique; ils étaient, de plus, obnubilés par leur conception de la possession et des règles juridiques la dominant, règles qui, selon eux, interdisaient de voir dans la détention autre chose qu'un fait matériel. Or, les auteurs ne sont arrivés à cette conception, croyons-nous, qu'au résultat d'une confusion entre le plan scientifique et le plan technique; cette confusion a eu pour effet de ne pas faire apparaître dans le processus normal d'élaboration du Droit, certains stades qui sont pourtant à la fois nécessaires et inéluctables. Mais

tout ceci est sans doute ténébreux et a grand besoin de plus amples explications. Elles feront l'objet d'une section première. Une section deuxième sera consacrée à l'étude d'un élément générateur du droit en la matière qui est passé inaperçu de la doctrine classique; nous voulons parler de ce que nous appellerons le donné expérimental.

SECTION PREMIÈRE

LA DÉTENTION MET EN ŒUVRE LES DONNÉES JURIDIQUES RÉELLES. CONFUSION A CET ÉGARD DE LA TECHNIQUE ET DE LA SCIENCE

Avant de faire la critique de la conception matérielle de la détention, il importe de rappeler les principes sur lesquels nous entendons nous fonder pour la faire.

§ 1^{er}. — DE QUELQUES IDÉES GÉNÉRALES QUI DOMINENT NOTRE SUJET ET SONT RELATIVES A L'ÉLABORATION SYSTÉMATIQUE DU DROIT

Pendant longtemps, l'étude du Droit s'est cantonnée dans celle de la loi écrite, car cette dernière paraissait contenir tout le Droit; il en fut ainsi tant que régna l'Ecole de l'Exégèse (272).

(272) Cf. Bonnecase : l'Ecole de l'Exégèse en Droit civil, 1924, 2^e éd.

Il fallut arriver au début du ^{xx}^e siècle pour que la doctrine secouât cette conception erronée. Le mérite en revient pour la plus grande part au Doyen Gény qui, dans ses deux œuvres capitales, « Méthode d'interprétation et sources en droit positif » (déjà cité) et « Science et technique en Droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique » (1914-1924), a renouvelé toutes les idées juridiques françaises.

Son second ouvrage a pour effet de montrer l'erreur de l'Ecole de l'Exégèse et de dégager le processus d'élaboration du Droit et les divers stades par lesquels un précepte doit passer pour contribuer à la réalisation de l'harmonie sociale, but suprême du Droit, et recevoir la marque extérieure de la règle de droit, c'est-à-dire la sanction.

L'erreur de l'Ecole de l'Exégèse a été, en effet, en ramenant le Droit à l'étude de la loi écrite, de ne pas voir que celle-ci puisait son contenu, sa substance dans des données naturelles dont il importe de révéler l'existence. Gény s'est attaché à redresser cette erreur. Il a été suivi sur ce terrain par tous les juristes modernes (273). Et la distinction émise par Gény entre la « science » et la « technique » est devenue, à l'heure actuelle, fondamentale dans l'étude du Droit privé. Nous allons la reprendre rapidement afin que la portée de la discussion de la théorie classique de la détention que nous ferons par la suite, soit fermement établie.

(273) Dans notre étude, nous nous appuierons aussi sur les idées peu différentes dans le fond de celles de Gény, émises par M. Bonnecase dans son Introduction à l'étude du Droit.

I. — Gény parvient à distinguer dans l'élaboration du droit, la *partie scientifique et la partie technique* en partant de la distinction de la connaissance et de l'action. « Tout ce qui contribue, dit-il (274), à alimenter et à développer la vie sociale de l'humanité, croyances, mœurs, morale, droit, politique, etc..., suppose une activité des individus, qui doit s'élever à la conscience d'elle-même, pour, au mieux, remplir son rôle et réaliser sa mission. En d'autres termes, toute discipline sociale tend à l'action par la connaissance », ou, si l'on veut encore, à savoir pour pouvoir. « Il faut savoir, en interprétant tous les éléments objectifs que nous présente le monde social, et, au besoin, en faisant appel aux puissances intimes, qui complètent les constatations de l'expérience et les suggestions de l'entendement (intuition, croyance), quelles sont les règles à poser, tant au vu de la fin à poursuivre que d'après l'efficacité des moyens aptes à y répondre. Cela fait, il s'agira pour mettre ces règles en circulation dans la pratique, et les faire en quelque sorte passer de la puissance à l'acte, de pouvoir les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégageant et ramenant à effet les procédés d'application du droit » (275).

Cette distinction de la connaissance et de l'action traduit une diversité de tendances dans l'exercice des facultés humaines, mais elle est difficile à percevoir et elle ne rend pas pleinement la dif-

(274) Gény, Science et technique, I, n° 22, p. 67.

(275) Gény, *op. cit.*, I, n° 32, p. 93.

férence substantielle des deux sortes d'élaboration en présence, car connaissance et action restent toujours intimement liées. Il est préférable de « considérer moins l'exercice des facultés à mettre en jeu pour arriver au but que la matière même ou le résultat de leur effort ».

Gény distingue, à ce point de vue de la matière, *le donné et le construit*. « Tantôt, dit-il (276), il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire » ; c'est le donné. « Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées » ; et le résultat de l'effort, c'est le « construit ». Enfin, si l'on transpose la distinction du donné et du construit en termes capables de traduire la différence de ses objets dans la diversité des modes d'élaboration qu'ils comportent, on arrive à séparer, dans le droit positif, *la science et la technique*. La science, par conséquent, a trait à l'élaboration du droit en tant que son but est de constater les données de la nature et des faits. En d'autres termes, son but est de rechercher en quoi consiste la substance même du droit, ce que M. Bonnet-Case appelle les sources réelles du droit. Quant à la technique, elle a trait à l'élaboration

(276) Gény, *op. cit.*, I. n° 33, p. 97.

du droit en tant qu'elle se porte sur les divers procédés qui ont pour effet d'adapter les données naturelles en leur donnant « une forme ». Cette forme consiste en une « construction, largement artificielle du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but pré-déterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation » (277). Tous ces procédés, quels qu'ils soient : matériels, intellectuels, etc... (278), ont une sorte de revêtement extérieur dans les sources formelles du droit, loi, coutume, jurisprudence, doctrine et tradition. Ces sources formelles constituent même, on peut le dire, le seul aspect extérieur sous lequel se révèle la technique juridique, ce qui peut les faire prendre l'une pour l'autre.

Telles sont donc, énoncées aussi brièvement que possible, les notions de science et de technique (279). Tandis que la science a trait aux sources réelles du droit, à ses éléments générateurs, la technique a trait, en gros, aux sources formelles. De celles-ci, nous ne dirons rien de plus, mais il importe pour la compréhension de ce qui va suivre, de revenir sur l'élément scientifique de l'élaboration du droit, sur les sources réelles.

II. — Le donné qui sert de matière première

(277) Gény, *op. cit.* III, n° 183, p. 23.

(278) V. Gény, *op. cit.* III, chap. 4 à 9.

(279) Il faut ajouter que la technique n'étant qu'une mise en œuvre des données naturelles est essentiellement subordonnée à la science, qu'elle suit dans son évolution. (Cf. Gény IV, n° 288 s.; Bonnecase Intr., n° 170). De plus science et technique restent dans la réalité, intimement unis.

aux efforts des juristes, décelable à ce qu'il suscite « des règles de conduite, régissant les rapports respectifs des hommes entre eux, douées d'un caractère nettement catégorique, et, sinon toujours, pourvues d'une sanction actuellement coercitive, du moins animées d'une tendance certaine à la contrainte » (280), se présente, selon Géný, sous un quadruple aspect; il distingue, en effet, le donné réel, le donné historique, le donné rationnel et le donné idéal. « J'entends par *données réelles*, dit-il (281), ou strictement naturelles, du droit positif, celles qui consistent dans les conditions de fait, où se trouve placée l'humanité », qu'il s'agisse de la nature physique ou morale de l'homme ou des conditions économiques qui influencent son activité. « Sur ce donné réel vient se greffer un *donné historique* », poursuit Géný (282), ce donné historique est constitué par l'ensemble des prescriptions législatives ou coutumières et par l'ensemble des œuvres jurisprudentielles ou doctrinales d'où il résulte « un acquis de préceptes, servant de cadre à la conduite de l'humanité, qui, parfois, pèsera lourdement sur elle, dont, en tous cas, elle ne saurait faire abstraction, dans la poursuite de sa marche progressive ».

Face aux donnés réel et historique tirés de la constatation des faits, de l'expérience, Géný place le *donné rationnel* dont il marque avec insistance l'existence primordiale, et qui représente le fonds du droit naturel classique. Ce donné essentiel est tiré de la raison humaine à laquelle il faut toujours

(280) Géný, *op. cit.* II, n° 161, p. 353.

(281) Géný *op. cit.*, II, n° 167, p. 371.

(282) Géný, *op. cit.* II, n° 168, p. 376.

se référer en dernière analyse. Le Droit reste ainsi œuvre de raison et d'intelligence. Le donné idéal, d'ailleurs, n'a pour effet que de parfaire le donné rationnel. Il consiste, en effet, en « un ensemble de considérations d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique, qui, sans déterminer, de façon nécessitante, de nouveaux préceptes de conduite sociale, en projettent, en quelque façon, l'inclinaison, ou, du moins, suggèrent la direction à suivre. Ce donné est idéal puisqu'il n'a aucune base objective, qu'on veuille le tirer des réalités saisissables ou de la raison, et qu'il se ramène à de simples tendances vers une organisation désirable des rapports de droit » (283).

Pour mieux marquer l'opposition qui existe entre le donné rationnel et les autres, on peut constater, avec M. Bonnecase (284), que, seul, il est fondé sur la raison tandis que les autres ont des rapports plus ou moins étroits avec l'expérience. Aussi peut-on distinguer sur le plan scientifique du droit, un élément expérimental et un élément rationnel. L'élément expérimental se présente sous un double aspect. D'un côté se situent les aspirations du milieu social; elles constituent, à quelque chose près, ce que Géný appelle le donné idéal. De l'autre côté, nous trouvons la nature permanente de l'homme envisagée sous l'aspect expérimental, qui correspond aux données réel et historique. Enfin, l'élément rationnel appelé aussi notion de droit réalise le donné rationnel de Géný.

A cet élément rationnel, nous garderons avec ce dernier auteur, la prééminence qu'il lui recon-

(283) Géný, *op. cit.* II, n° 170, p. 385.

(284) Bonnecase, Introduction, n° 130 et s.

naît. Nous marquons ainsi à la notion de droit la royauté qui lui appartient dans toute l'élaboration du droit. Cette notion de droit, encore une fois, est perçue directement par l'esprit humain, en qui elle est incluse. C'est ce que M. Bonnecase énonce en ces termes. « De ce que le Droit était révélé à l'homme par sa conscience et par sa raison, de ce que le Droit ne se concevait pas sans l'homme, pas plus que la vie de l'humanité n'est possible sans le Droit, elle (la doctrine métaphysique) a conclu qu'elle ne pourrait chercher le contenu de la notion de droit que dans l'homme lui-même » (285).

III. — Ayant ainsi dégagé les deux pôles, scientifique et technique, de l'élaboration du droit, nous pouvons discerner le processus suivant lequel les règles de droit s'appliquent aux intéressés, si nous nous rappelons ce que nous avons dit de la fonction immédiate de l'acte juridique ou du fait juridique (286).

Un précepte de droit trouve inéluctablement sa source primaire, soit dans l'élément expérimental, soit dans l'élément rationnel des sources réelles. Sa réalisation formelle se concrétise dans la loi ou la coutume ou dans toute autre source formelle du droit; le précepte de droit devient alors une disposition du droit positif, une disposition légale, coutumière ou jurisprudentielle. Cette disposition est elle-même mise en mouvement, à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes, grâce à un acte juridique ou un fait juridique. Ajoutons que si nous faisons de cette manière de la loi, la source normale de toutes les situations juridiques, nous ne

(285) Bonnecase, Introduction, n° 152.

(286) *Supra*, p. 252 et s.

reconnaissons pas pour cela un pouvoir arbitraire au législateur ; nous supposons, en effet, que la loi est toujours élaborée en conformité de l'élément expérimental et de l'élément rationnel du Droit, c'est-à-dire en conformité des sources réelles du Droit.

§ 2. — CRITIQUE DE LA CONCEPTION MATÉRIELLE
DE LA DÉTENTION. CONFUSION DE LA SCIENCE ET DE
LA TECHNIQUE PAR LA DOCTRINE CLASSIQUE

Ces considérations préliminaires, un peu longues peut-être, étaient cependant nécessaires, car elles vont nous permettre de saisir l'erreur commise par la doctrine classique, erreur qui l'a conduite à considérer la détention comme un simple fait matériel.

Sous l'influence certaine du dogme de l'*animus domini*, il est apparu, dans le domaine de la détention, un phénomène inverse de celui qui s'est produit partout ailleurs. Les partisans de l'Ecole de l'Exégèse, nous avons eu déjà l'occasion de le mentionner à plusieurs reprises, ont professé le culte du texte de loi et ne sont jamais remonter plus haut que les sources formelles dans le processus d'élaboration du Droit ; en d'autres termes, il se sont cantonnés sur le plan technique. Or, en matière de détention, ils ont attribué directement à des notions scientifiques ce qui ne leur revient que par l'intermédiaire d'une notion technique. Eclairons cette assertion.

La détention, ont dit ces auteurs, est seulement l'occasion des droits que la loi au sens large du terme lui reconnaît ; la cause (au sens d'élément générateur) de ces prérogatives légales se trouve dans certains principes généraux ; légitime défense,

ordre public, enrichissement sans cause, ou dans un droit préexistant : droit de créance lui-même fondé sur l'équité. Or ces principes généraux sont autant de manifestations diverses de l'élément rationnel générateur des règles de droit ; ce sont des données scientifiques, au plus haut titre, par lesquelles se révèle à nous la notion de Droit. Sur le plan scientifique, elles sont bien les sources réelles des diverses situations juridiques auxquelles elles donnent naissance, et en particulier de la situation juridique de détenteur ; mais sur le plan scientifique seulement. Or, en faisant produire directement des effets à ces données scientifiques, la doctrine classique les a transposées sur le plan technique. Alors que, sur celui-ci, seule la loi « *dato sensu* » est amenée à établir des situations juridiques. Encore ne le fait-elle que par l'intermédiaire d'un acte juridique ou d'un fait juridique. Par conséquent, si, sur le plan scientifique, ordre public, enrichissement sans cause, légitime défense sont à la source des prérogatives légales attribuées au détenteur, *leur cause sur le plan technique, ne peut exister que dans la détention elle-même qui réalise ainsi la fonction immédiate de tout fait juridique*, à savoir la mise en mouvement des règles de droit et des institutions juridiques. Sous le rapport de cette fonction, la détention est donc bien un fait juridique, comme le dit excellemment Quincardet qui, dans sa thèse, (287) a défendu avant nous, ce point de vue, « la source immédiate de telle ou telle situation juridique est bien l'acte ou le fait juridique à l'occasion duquel cette situation « construite » en quelque sorte *in abstracto* par le législateur sur la base du « donné » des sources réelles, s'applique

(287) Quincardet, *op. cit.*, p. 275.

concrètement à tels ou tels individus déterminés. Dire qu'à l'occasion de la détention, certaines prérogatives légales sont reconnues au détenteur, c'est donc bien dire que la détention est un fait juridique. »

SECTION II. — LE DONNÉ EXPÉRIMENTAL

Nous ne voulons pas abandonner la question des sources réelles des effets juridiques de la détention, sans dire quelques mots des données expérimentales en la matière. Tous les effets attachés par la doctrine classique dérivent du donné rationnel, mais il ne faut pas croire que ce soient les seuls effets du fait juridique de détention, nous le constaterons bientôt. D'autres effets, trouvent, selon nous, leur élément générateur dans le donné expérimental, et plus particulièrement dans les aspirations à l'harmonie sociale parties du milieu social lui-même. Nous faisons ainsi allusion aux raisons d'ordre économique et politique qui ont légitimé l'introduction de la législation sur les loyers issue de la guerre de 1914 et prorogé jusqu'à nos jours, et de l'introduction de la propriété commerciale et de la propriété culturelle.

Bien que la matière relève pour la plus grande part de la technique, il n'est pas impossible cependant de dégager certaines données scientifiques et expérimentales qui la dominent. Toute cette législation, en effet, a eu pour objet de sauvegarder les intérêts des locataires et des fermiers, intérêts, qui par suite des nouvelles conditions économiques, revêtaient une importance nouvelle; or leur protection n'était plus assurée par le droit commun. C'est ainsi que, pour les locataires des locaux à usage

d'habitation, le déséquilibre engendré par la guerre de 1914 et qui n'a fait que s'accroître avec la guerre de 1939, les a incités à demeurer le plus longtemps possible en possession (au sens large du mot) des lieux loués, pour ne pas avoir à chercher un nouveau logement, ce qui, avec la crise persistante ou les destructions par faits de guerre, était particulièrement difficile. De même, pour le commerçant, il importe d'obtenir le renouvellement du bail à son expiration afin de ne pas perdre le bénéfice de ses efforts antérieurs : il peut perdre en effet une partie de sa clientèle s'il est obligé d'exploiter ailleurs son fonds de commerce. Cette clientèle peut se trouver ainsi désorientée par ce changement dans ses habitudes et peut ne pas vouloir suivre le commerçant, il importe d'obtenir le renouvellement du bail à son expiration afin de ne pas perdre le bénéfice de ses efforts antérieurs : il peut perdre en effet une partie de sa clientèle s'il est obligé d'exploiter son fonds de commerce. Cette clientèle peut se trouver ainsi désorientée par ce changement dans ses habitudes et peut ne pas vouloir suivre le commerçant dans le lieu de sa nouvelle installation. Le fait n'est peut-être pas très visible lorsque le commerçant a une véritable clientèle, c'est-à-dire une clientèle existant « intuitu personæ », mais il est particulièrement remarquable lorsque la clientèle est surtout faite de « chalands », c'est-à-dire de personnes s'adressant au commerçant par suite de l'emplacement de son magasin, dans une certaine rue ou plus simplement dans un certain quartier. Tel est le cas du boulanger ou du marchand de vins établi près d'une usine, de bureaux, d'une école, le libraire voisin d'une Faculté, le commerçant installé dans le centre de la ville ou dans le quartier des affaires. De même enfin, le fermier peut vouloir

légitimement profiter personnellement et le plus longtemps possible des améliorations culturales apportées par lui à la terre qu'il cultive. A l'expiration du bail toutefois, il peut se trouver dépossédé du fruit de son travail et du bénéfice de ses investissements. Or, à l'heure actuelle, ces investissements sont de plus en plus importants par suite de la généralisation de l'emploi des engrais chimiques ou des fumures naturelles, résultant de l'usage d'aliments concentrés pour le bétail. Aussi peut-on à bon droit invoquer le droit du fermier au renouvellement du bail.

Mais les intérêts conjugués des locataires et des fermiers ne doivent pas non plus faire oublier les légitimes intérêts des propriétaires. Ces derniers intérêts sont d'ailleurs invariables; ils consistent dans la possibilité, à l'expiration d'un bail, de renvoyer le preneur pour en trouver un autre qui veuille bien accepter un loyer plus cher ou de demander au preneur en possession une augmentation de son loyer. Tout propriétaire est en droit, en effet, de faire produire à l'objet de son droit de propriété le maximum de fruits.

Telles sont donc les données réelles en la matière. Nous aurons à voir dans le chapitre suivant, en quel sens s'est porté l'effort de construction du législateur. A celui-ci, en effet, il appartient, en considération des sources expérimentales, d'opérer une conciliation judicieuse des intérêts divergents des propriétaires et des locataires; mais de toute façon, la reconnaissance de certains intérêts chez les locataires, dignes d'être juridiquement protégés, a pour effet inéluctable d'augmenter les prérogatives issues de la situation juridique de détenteur. C'est, à celle-ci, prise en elle-même que notre chapitre II et suivant est consacré.

CHAPITRE II

FONCTION MEDIATE DE LA DETENTION. DETERMINATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DU DETENTEUR. EFFETS JURIDIQUES ATTACHES A CETTE SITUATION.

Il nous faut maintenant, après avoir étudié la fonction immédiate de la détention, passer à sa fonction médiate; celle-ci doit consister, pour que la concordance entre la détention et le fait juridique persiste, en l'attribution à une certaine catégorie d'individus, d'une situation juridique spéciale, la situation de détenteur. Cette étude nous mettra en présence des effets juridiques de la détention. Nous aurons à constater à ce sujet que, souvent, ce fait matériel ne devient fait juridique qu'à condition d'être accompagné de certaines circonstances, car les effets de droit que le Droit français lui reconnaît, ne lui sont attribués qu'à cette condition. Cela, au surplus, n'est pas fait pour nous étonner, car le même phénomène se produit avec la possession. Par exemple, pour conduire à l'acquisition de la propriété par la prescription, la possession doit présenter certains caractères énumérés par l'arti-

de 2229 du Code civil; de même, pour l'exercice des actions possessoires, elle doit remplir certaines conditions. Au reste, il en est de même pour tous les faits juridiques, car si le Droit est sans action sur les faits matériels en tant que tels, il peut au contraire exiger qu'ils se présentent sous une certaine forme pour les considérer comme générateurs d'effets de droit (289).

Ceci dit, nous allons étudier les divers effets qui sont attachés au rapport de détention. Il est possible de les grouper sous deux rubriques : nous envisagerons d'abord les effets de la détention dans les rapports du possesseur et du détenteur, enfin la protection spéciale du rapport de détention.

SECTION I

EFFETS DE LA DÉTENTION DANS LES RAPPORTS DU POSSESEUR ET DU DÉTENTEUR

Ces effets se réalisent soit dans la personne du possesseur soit dans la personne du détenteur.

§ I^{er}. — LA REPRÉSENTATION DU POSSESEUR PAR LE DÉTENTEUR

Il existe d'abord une représentation qui existe dans tous les cas de détention et ensuite une représentation spéciale qui ne se présente que dans les cas de détention intéressée.

(289) En ce sens Bonnecase, Droit maritime, n° 290 et 772; Quincardet, thèse citée, p. 265 et 266.

A. — REPRÉSENTATION DU POSSESSEUR
PAR LE DÉTENTEUR EN CE QUI CONCERNE L'ÉLÉMENT
CORPOREL DE SA POSSESSION

Il peut paraître étonnant que nous employions le terme de représentation en l'espèce. Nous avons vu que, si la doctrine classique admet que le détenteur agit pour le compte du possesseur lorsqu'il accomplit des actes de possession, elle prend un soin particulier de ne pas parler de représentation et de marquer, au contraire, le caractère matériel des services rendus à la possession par le détenteur ; la formule qui rend sa pensée avec le plus d'exactitude est celle de Marcadé : le détenteur est l'« instrument » de la possession d'autrui (290). Toutefois nous persistons à croire que le détenteur est un véritable représentant pour le possesseur et nous allons réfuter à ce sujet les deux objections qu'on peut faire à notre thèse.

Pour procéder à cette réfutation et pour percevoir avec netteté la portée de la notion de représentation en matière de détention, il importe au préalable de *rappeler la définition de la représentation*. D'après M. Bonnecase (291), « la représentation est une institution juridique en vertu de laquelle, sur la base d'éléments de fait conventionnels ou légaux, une personne a le pouvoir d'accomplir direc-

(290) Il en était de même à Rome où l'on déclarait que le détenteur ne fait que donner le concours de ses services à la possessionni : « alienae possessioni praestat ministerium ». V. Duquesne, Distinction de la possession et de la détention en Droit romain, p. II.

(291) Bonnecase : Droit maritime n° 423 bis, Précis I, n° 308.

tement pour le compte d'une autre des opérations matérielles et juridiques. » Par suite, la représentation peut être mise en mouvement par le contrat, c'est alors le cas du mandat, mais aussi directement par la loi elle-même sur la base d'éléments autres que le contrat, c'est alors le cas de la tutelle ou du commandement d'un navire. Sur la base de cette définition et de ces quelques explications, nous considérons la détention comme une application à l'élément corporel de la possession de la notion de représentation; en sorte que les effets juridiques attachés aux faits accomplis par le détenteur se produisent immédiatement et directement non en la personne de celui-ci mais en celle du possesseur. Mais, avons-nous dit, cette conception peut faire l'objet de deux critiques.

On peut d'abord dire que le détenteur ne saurait être le représentant du possesseur, car dans certains cas de détention, administration légale du patrimoine d'autrui par exemple, *le représenté n'est pas capable de manifester au représentant sa volonté réelle ou fictive, de lui confier le soin d'agir pour son compte*. Or, dit-on, toute représentation nécessite une semblable manifestation de volonté. Cette exigence est fondée en réalité sur une fausse conception de la représentation, conception qui a pour effet d'assimiler cette notion avec celle de mandat, de ne voir même dans la représentation qu'une modalité du mandat (292), on parle ainsi de mandataire conventionnel, judiciaire ou légal. Tout au contraire, le mandat n'est qu'une modalité de la représentation; le mandataire est un représen-

(292) Popesco-Ramniceano : De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé. Thèse, Paris, 1927, p. 233.

tant établi sur la base d'un contrat, et par suite il n'est possible de parler que de mandataire conventionnel. Tous ceux qui ont reçu d'un jugement ou de la loi le pouvoir d'engager directement une ou plusieurs personnes par les actes conclus avec les tiers, sont des représentants judiciaires ou légaux et non des mandataires (293). Si, par conséquent, dans le cas du mandat, il est nécessaire pour qu'il y ait représentation, qu'un accord de volontés soit préalablement établi, il n'en est pas de même dans les deux autres cas de représentation, et particulièrement dans le cas de représentation légale. La loi a alors organisé la représentation directement et indépendamment d'une manifestation de volonté. Comme toujours, en effet, la loi peut organiser les situations juridiques soit par l'intermédiaire d'un contrat, c'est-à-dire d'un accord de volontés générateur d'effets de droit, soit directement sur la base des éléments fournis par les sources réelles du droit. Et en définitive, se trouve levée l'objection qui pouvait être faite à l'application de la notion de représentation en matière de détention pour la raison que certains détenteurs sont incapables de manifester juridiquement leur volonté d'être représentés.

Plus sérieuse est la seconde objection qui porte sur la *possibilité d'une représentation juridique pour des actes matériels*. La doctrine française, en effet, n'admet, dans sa grande majorité la représentation que pour les actes juridiques. C'est ainsi

(293) En ce sens : Bonnecase, *loc. cit.*, et Madray : *Essai d'une théorie générale de la représentation en Droit privé français*, thèse Bordeaux, 1931, pp. 164 et s.

que Madray (294), définissant l'institution juridique de la représentation, déclare qu' « elle repose essentiellement sur la faculté donnée au représentant et de conclure des opérations juridiques avec un tiers qui accepte d'être directement lié avec le représenté, et d'accomplir des opérations matérielles destinées à permettre ou à faciliter la réalisation des actes juridiques ». A notre avis, il faut aller plus loin et admettre la possibilité pour le représentant d'effectuer des actes matériels, même s'ils ne sont pas destinés à permettre ou à faciliter la réalisation d'actes juridiques. S'il est admis une fois pour toutes, et c'est au surplus l'opinion de Madray (295), que la loi est la source unique des effets de droit par l'intermédiaire des actes juridiques ou des faits juridiques, comment ne pas reconnaître la représentation lorsque ces effets sont produits par un fait juridique (à l'origine fait matériel) alors qu'on l'admet lorsque les mêmes effets sont produits par un acte juridique? En d'autres termes, il y aurait représentation lorsqu'un acte juridique étant accompli par une personne pour le compte d'un autre, la loi fait produire les effets attachés à cet acte non dans la personne de celui qui l'accomplit mais dans la personne de celui pour le compte duquel il a été accompli; mais, au contraire, il n'y aurait pas représentation, lorsqu'un acte matériel, dont la loi fait un acte juridique, étant accompli par une personne non pour son compte, mais pour le compte d'autrui, les effets attachés par la loi à ce fait juridique se produisent non en la personne de celui qui l'a accompli, mais

(294) Madray, *op. cit.*, p. 158.

(295) Madray, *op. cit.*, pp. 133 et s.

en la personne de celui pour le compte duquel il a agi. Une semblable solution nous paraît illogique : la loi doit produire les mêmes effets, que ce soit par l'intermédiaire d'un acte juridique ou par l'intermédiaire d'un fait juridique. Nous persistons donc à voir une application de l'institution juridique de la représentation dans les cas où une personne accomplit pour le compte d'une autre personne, non pas des actes juridiques, mais des actes matériels. Il y a donc bien, en définitive, représentation du possesseur par le détenteur pour l'élément corporel de sa possession, puisque le détenteur, en exerçant sa maîtrise de fait, accomplit des actes matériels pour le compte du possesseur.

En conséquence, les actes de jouissance, d'usage et de transformation que tous les détenteurs (296) accomplissent dans l'intérêt du possesseur doivent être considérés, par rapport à eux, comme la *manifestation d'un pouvoir*, c'est-à-dire de l'apti-

(296) En disant tous les détenteurs, nous nous opposons ainsi à Ihering qui n'admet la représentation du possesseur par le détenteur que dans le cas de détention pure ou par procureur. Dans les cas de détention intéressée (V. Ihering, *Volonté dans la possession*, pp. 228 et s.), il estime au contraire qu'il n'est pas possible de parler de représentation, sans faire violence à cette notion, parce que le fermier, par exemple, n'a pas l'intention de tenir la chose pour le bailleur mais bien pour lui-même. Il est certes exact que le fermier a l'intention de faire produire la chose pour son propre compte et de la cultiver pour lui-même. Mais il est non moins exact de dire qu'au point de vue de la possession, les actes qu'il accomplit ont leur répercussion directe dans le patrimoine du possesseur. La reconnaissance d'un intérêt personnel certain dans la détention du fermier n'est nullement incompatible avec cette idée. C'est au surplus ce que nous nous sommes attachés à démontrer dans notre première partie. V. *supra*, pp. 138 et s.

tude juridique d'une personne à agir pour une autre personne, sur son patrimoine et pour le compte de ce patrimoine (297). Il en résulte que, à l'égard des tiers, les actes accomplis par le détenteur produisent les mêmes effets que s'ils étaient faits par le possesseur, pour le compte duquel il agit. Ce pouvoir du détenteur de faire des actes pour le compte du possesseur a d'ailleurs pour corollaire l'obligation pour lui de les accomplir dans la limite du but poursuivi par la loi ou les parties en le lui conférant. Au surplus, des rapports de représentation, il s'ensuit également que des obligations entre possesseur et détenteur apparaissent après l'accomplissement des actes pour lesquels la représentation a été admise, obligations qui ont pour but de rétablir l'équilibre entre les patrimoines du possesseur et du détenteur. Nous aurons ainsi à examiner d'importants effets attachés à la détention, qui surviennent lorsque le détenteur a engagé des dépenses sur la chose ou a apporté à celle-ci certaines améliorations. Mais pareillement le possesseur est en droit de demander compte au détenteur afin d'obtenir restitution de la chose ou des utilités retirées par le détenteur dans l'intérêt de celui-là.

B. — REPRÉSENTATION SPÉCIALE AUX CAS DE DÉTENTION INTÉRESSÉE

Nous voulons parler plus particulièrement des cas de détention fondés sur un contrat de louage. D'après l'article 1719-2° du Code civil, le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose.

(297) Sur la distinction du pouvoir et de la capacité : Madray, *op. cit.*, p. 202.

Il doit donc exécuter à ses frais toutes les réparations nécessaires (298). « S'il ne procède pas aux réparations à sa charge, le preneur peut les faire exécuter en son nom conformément à l'article 1144, nous dit Beudant (299) même sans autorisation de justice, mais il n'a pas le droit de retenir sur les loyers échus le montant de la dépense, sans une autorisation du tribunal. » Le détenteur, en l'occurrence le preneur, agit donc, en ce cas, par représentation du possesseur, en l'occurrence le bailleur. Cette situation rappelle le contrat avec soi-même conclu par un représentant. On entend en effet par contrat avec soi-même la possibilité pour une personne de faire une convention à elle seule parce qu'elle y figure en son propre nom et au nom d'un tiers qu'elle représente. Or, dans notre espèce, le preneur fait exécuter pour lui-même des réparations au nom du bailleur; par conséquent il peut être considéré comme son représentant.

Sans doute n'est-il pas universellement admis que la notion du contrat avec soi-même rentre dans la notion de représentation. C'est ainsi que Madray déclare qu'« il est impossible d'invoquer l'idée de représentation sous peine de la déformer » (300). La raison en serait que deux sujets de droit seulement et non trois apparaissent sur la scène juridique alors que dans les véritables cas de représen-

(298) L'usufruitier, par contre, n'ayant que le droit de jouir de la chose et non celui d'exiger qu'on lui procure une jouissance effective de la chose, ne peut, au cours de l'usufruit, contraindre le nu-propiétaire à effectuer même les grosses réparations.

(299) Beudant et Brethe de la Gressaye : Vente et louage de choses, n° 494.

(300) Madray, *op. cit.*, p. 244.

tation, il existe toujours trois personnages : le représentant et le représenté d'abord, et ensuite le tiers bénéficiaire. Madray fait appel pour expliquer la notion de contrat avec soi-même à l'idée de personnalités juridiques distinctes : « Le représentant qui contracte avec lui-même, dit-il, (301) réunit en réalité, sur sa tête, deux personnalités juridiques qui ne se confondent point : celle de représentant dont la mission a été précisée; celle de titulaire d'un patrimoine propre. En qualité de représentant, il est porteur d'une offre; comme titulaire d'un patrimoine, il peut accepter. La réunion de l'offre et de l'acceptation forme l'acte bilatéral. » Cette explication ne nous paraît pas probante. L'idée de personnalités juridiques distinctes, qui est mise en avant, suppose en effet le jeu de la représentation puisque le représentant est considéré à la fois en tant que tel et comme titulaire d'un patrimoine propre.

Nous pensons en réalité que Madray a raisonné essentiellement sur l'exemple du représentant d'un incapable. Dans cette hypothèse, on ne peut certainement pas parler de représentation dans le cas du contrat avec soi-même, car lorsque le tuteur, par exemple, est autorisé à contracter avec son pupille, ce n'est qu'après intervention de certaines personnes qui se substituent à lui pour protéger l'incapable. Il ne peut donc plus y avoir contrat avec soi-même puisque la personnalité du représentant n'apparaît pas. Mais il n'en est pas de même dans le cas du représentant d'une personne capable, c'est-à-dire dans notre hypothèse; le problème change alors de physionomie et l'on peut considérer l'idée du

(301) Madray, *op. cit.*, p. 244.

contrat avec soi-même comme le prolongement, extrême à la vérité, mais logique, de l'idée de représentation.

§ 2. — EFFETS DE LA DÉTENTION DANS LA PERSONNE DU DÉTENTEUR

Dans les rapports du possesseur et du détenteur, certains effets se produisent aussi dans la personne du détenteur. Mais alors que les premiers peuvent se présenter quel que soit le cas de détention, les autres n'ont nécessairement trait qu'aux cas de détention fondés sur un contrat de louage.

A. — EFFETS DE LA DÉTENTION FONDÉS SUR L'IDÉE D'ÉQUILIBRE DES PATRIMOINES

Nous avons vu dans l'exposé de la doctrine classique (302) que celle-ci admet que le détenteur puisse être, sous réserve de certaines conditions, remboursé des impenses qu'il a faites sur la chose ou des améliorations qu'il lui a apportées et qu'elle fonde cette prérogative sur une idée d'enrichissement sans cause. Nous avons expliqué (303) que cette idée juste en elle-même, ne pouvait, d'un point de vue technique, expliquer les effets ainsi accordés à la détention et qu'il fallait les attribuer à celle-ci, considérée en tant que fait juridique. Il nous faut maintenant rechercher dans quelles conditions le rapport de détention peut dans l'hypothèse ac-

(302) *Supra*, p. 191 et s.

(303) *Supra*, p. 256 et s.

tuellement envisagée, être générateur d'effets de droit.

Nous avons vu aussi que les auteurs classiques garantissent les remboursements divers par la rétention du bien du possesseur, accordée au détenteur. Il nous faudra donc nous prononcer aussi sur les conditions d'application du droit de rétention (304).

a) *Le droit au remboursement des impenses et des constructions*

I. *Impenses.* — Au cours de sa détention, le détenteur a pu être amené à effectuer des dépenses sur la chose. Il s'agit de savoir dans quelle mesure le possesseur sera obligé de les rembourser. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de faire des distinctions fondées sur le caractère de la dépense engagée.

On distingue traditionnellement les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires. Les premières sont celles qui ont été nécessitées par la conservation de l'immeuble. Les secondes sont celles dont on aurait pu se dispenser, mais qui ont, en fait, augmenté la valeur de l'immeuble. Enfin les impenses voluptuaires sont celles qui sont faites pour satisfaire les goûts personnels du détenteur, sans aucun profit pour l'immeuble.

Il faut décider que tous les détenteurs ont toujours droit au remboursement des *impenses nécessaires* (305). La doctrine (306) est d'ailleurs unani-

(304) Même remarque que pour la note précédente.

(305) La seule difficulté est la question du critérium de distinction entre les grosses réparations et les réparations d'entretien en ce qui concerne l'usufruitier, d'une part, et les

mement en ce sens. En engageant ces dépenses, le détenteur n'agit que dans l'intérêt direct du possesseur. Celui-ci ne peut en effet que retirer avantage à voir sa chose conservée en l'état; le but de l'institution de la détention est d'ailleurs bien souvent de permettre à un possesseur qui n'a pas la possibilité de s'intéresser personnellement à son bien, de le transférer à une autre personne qui, elle, s'en occupera régulièrement et veillera à ce qu'elle ne disparaisse pas. Par conséquent, même s'il n'a pas attendu l'autorisation d'engager la dépense, le détenteur peut obtenir le remboursement des dépenses par lui effectuées. Au reste, il n'y a là qu'une simple application de la représentation du possesseur par le détenteur.

La réponse n'est pas aussi facile en ce qui concerne les *impenses utiles*. Nous allons étudier séparément le cas du preneur à bail et celui de l'usufruitier, pour lesquels la question s'est principalement posée. Les solutions que nous lui donnerons pourront être étendues à toutes les hypothèses de détention dans lesquelles elle peut se présenter.

En ce qui concerne le *preneur*, il est d'abord possible qu'une clause spéciale du bail prévienne la possibilité d'apporter à la chose des améliorations qui seront remboursées par la suite au preneur, ou

réparations nécessaires et les réparations locatives (art. 1770, al. 2) en ce qui concerne le locataire d'autre part; seules, les premières donnent droit à indemnité (Sur la question du critérium, voir Colin et Capitant, II, p. 543).

(306) En ce qui concerne l'usufruitier, Aubry et Rau, tome I, § 235; le locataire : Duranton, IV, n° 384, Troplong, Louage, n° 352; Marcadé sous art. 1730, n° 1. Pour le créancier gagiste, voir l'article 2080 C. civ., et pour le dépositaire l'article 1943.

qu'au contraire cette clause convienne que le bailleur demeurera propriétaire des installations sans indemnité; il faut alors appliquer la convention qui tient lieu de loi pour les parties. S'il n'est rien prévu expressément, le preneur va-t-il avoir droit, en principe, au remboursement des impenses utiles? Il s'agit ici de concilier le point de vue du locataire qui ne veut pas abandonner des travaux d'une utilité incontestable sans que le bailleur n'ait à délier sa bourse, et le point de vue du bailleur qui aurait pu ne pas vouloir, même avec la certitude de l'augmentation de valeur de son fonds, engager les dépenses corrélatives. En conséquence, il faut décider que *le preneur a droit au remboursement de la plus-value acquise par le fonds à la suite des travaux par lui effectués*; sinon le bailleur s'enrichirait sans cause, or tout enrichissement sans cause doit être supprimé sous peine de voir un déséquilibre illicite s'installer entre les patrimoines du preneur et du bailleur. Mais ce dernier, s'il doit donc être tenu, en conservant les installations d'indemniser le preneur, doit par contre être admis à demander, en vertu des articles 1730 et 1731 du Code civil, la *remise des lieux loués dans l'état où ils se trouvaient* au moment de l'entrée en jouissance; c'est ce que décide au surplus une jurisprudence bien stable que nous retrouverons bientôt à propos des constructions élevées par le preneur.

Le législateur moderne nous paraît avoir fait une exacte application de ces principes dans la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale. Cette loi prévoit en effet dans son article 6 que si le propriétaire de l'immeuble était en même temps propriétaire du fonds de commerce, il ne pourra reprendre à son compte l'exploitation commerciale,

qu'à charge de verser au locataire une indemnité, à concurrence du profit qu'il aurait retiré de la plus-value apportée soit au fonds de commerce, soit à la valeur locative de l'immeuble, du fait des améliorations matérielles effectuées par le locataire. De même, d'après l'article 7 de la même loi, si le propriétaire exerce son droit de reprise en vue d'exploiter un commerce ou une industrie dans l'immeuble, il devra payer au locataire sortant une indemnité à raison de la plus-value apportée à la valeur locative de l'immeuble par les aménagements que le locataire y a effectués, à moins, toujours, que le bail n'ait prévu que ces aménagements ne dus- sent rester la propriété du bailleur ou à moins que celui-ci ne préfère demander la remise des locaux en l'état où ils étaient lors de l'entrée en jouissance.

Ces dernières réserves qui garantissent les droits légitimes des propriétaires n'ont pas été faites dans un projet de loi voté par la Chambre des députés le 21 mai 1937 relatif à la propriété culturale. Ce projet prévoyait en effet que les améliorations foncières, c'est-à-dire les constructions de silos, l'électrification de la ferme, les plantations, les drainages, et les améliorations culturales, résultant de l'emploi d'engrais chimiques, devaient donner lieu à indemnité au profit du fermier sortant, sans que le propriétaire n'ait le droit d'exiger la remise des lieux dans l'état où ils se trouvaient lors de l'entrée en jouissance, et sans qu'il puisse être convenu dans le bail que le propriétaire conservera, sans indemnité, les aménagements opérés par le fermier. Mais il n'a jamais été donné suite à ce projet.

En ce qui concerne l'*usufruitier*, il existe un

texte, l'article 599 qui, dans son deuxième alinéa, refuse toute indemnité à l'usufruitier « pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fut augmentée ». Cette disposition est très rigoureuse. Mais elle invoque en sa faveur plusieurs arguments. D'abord un argument d'ordre historique. La tradition est en son sens; il est incontestable que la législation romaine refusait d'indemniser l'usufruitier pour les améliorations de toute nature qu'il lui avait plu d'effectuer sur le fonds, pendant la durée de son droit. Il y a, de plus, une double raison d'ordre pratique que le tribun Gary a exposée dans son discours au Corps législatif lors de la discussion de l'article 599 : on veut, en premier lieu, étouffer les contestations qui ne manqueraient pas de naître, car les améliorations que l'usufruitier prétendrait avoir faites, ne seraient pas toujours évidentes; la solution contraire aurait, en deuxième lieu, pour résultat de grever le propriétaire de restitutions parfois onéreuses, et cela pour des travaux qu'il n'aurait peut-être jamais songé à exécuter lui-même. Remarquons que ces arguments valent aussi bien pour le preneur, mais que dans son cas ils n'ont pas prédominé sur le fait pour le possesseur de s'enrichir sans cause. Mais ici le texte est formel et *l'usufruitier qui entreprend des améliorations doit se dire qu'il dépense son argent sans espoir de recours et uniquement pour sa satisfaction personnelle*. Toutefois, en plus de la compensation qui s'effectue toujours entre améliorations et détériorations, il existe un tempérament à la rigueur de la règle édictée par l'article 599-2°, prévu par l'alinéa 3. L'usufruitier a la possibilité d'enlever les glaces, tableaux et ornements qu'il aurait fait placer, à condition de remettre les choses dans leur état primitif.

Restent enfin les *impenses voluptuaires*. Elles ne donnent jamais droit au remboursement. Le détenteur est seulement autorisé à enlever les embellissements, à charge de remettre les choses dans leur premier état, c'est-à-dire sans qu'il s'ensuive des détériorations. Les vieux auteurs citent à ce sujet un arrêt rendu par le Parlement de Paris qui refusa au preneur le droit de supprimer les améliorations voluptuaires faites par lui. Voici quelle était l'espèce : un locataire qui avait loué une maison n'ayant ni plafond, ni papiers, ni peintures, exécuta ces travaux à ses frais. A l'expiration du bail, le propriétaire refusa de le renouveler et de payer une indemnité. Le locataire, alors de démolir les plafonds, de gratter les peintures et de déchirer les papiers. Le propriétaire demanda des dommages-intérêts qui lui furent accordés par le Châtelet. Le Parlement de Paris confirma cette sentence. L'avocat général Séquier après réquisitoire duquel elle fut rendue, invoqua, aux dires de Lepage, le principe qui ne permet de faire le mal à autrui sans intérêt pour soi, ce qui montre que la notion d'abus du droit a des origines éloignées (307).

II. *Constructions et plantations*. — Telles sont

(307) La solution contraire est préconisée par Selosse (thèse citée p. 109) qui s'exprime en ces termes : « Ce droit (le droit d'enlever les embellissements) emporte celui de détruire l'effet de la dépense, de gratter les peintures d'art, par exemple. Sans doute, la conscience proteste contre cette prérogative sauvage, mais à quel titre le propriétaire agirait-il pour empêcher les actes de vandalisme, puisqu'il n'a aucun intérêt ». Effectivement, l'intérêt n'est guère plus marquant chez lui que chez le locataire ; le tout est de savoir s'il y a eu véritablement détérioration, et cela est du ressort de l'appréciation souveraine des juges du fait.

donc les solutions concrètes relatives aux dépenses faites par le détenteur sur la substance même de la chose. Mais ce ne sont pas les seules que le détenteur ait pu faire. Il a pu aussi effectuer des travaux ayant eu pour effet d'ajouter à la chose telle qu'elle se présentait primitivement. Nous nous trouvons ainsi dans une hypothèse d'accession, celle où des constructions, plantations ou autres ouvrages ont été faits sur le terrain d'autrui. Or cette hypothèse est prévue par l'article 555, tout au moins si le constructeur était un possesseur ayant l'*animus domini*. Car on ne sait s'il doit s'appliquer au détenteur. La rédaction de cet article est en effet défectueuse. Si, dans sa première partie, la portée d'application en ce qui concerne les personnes visées, semble absolument générale, dans sa dernière partie, au contraire, ajoutée à la suite d'une observation faite par le Tribunat, il ne semble plus s'adresser qu'au tiers évincé dans une action en revendication, c'est-à-dire à celui qui est propriétaire ou se prétend tel. Selon que l'on fait prévaloir la première partie sur la seconde ou vice-versa, l'article 555 est ou non appliqué au simple détenteur. Qui plus est, pour l'usufruitier, la question est compliquée par l'intervention de l'article 559-2° déjà rencontré.

Examinons tout d'abord l'exemple du *preneur à bail* (308). Il faut d'abord éliminer, comme nous l'avons fait plus haut, le cas où le bail a prévu la possibilité d'élever des constructions nouvelles : il ne peut s'agir alors que d'interpréter le bail. Si, au contraire, aucune stipulation spéciale n'existe,

(308) La solution est identique pour l'emphytéote.

on recourt à l'article 555. Il faut distinguer dans cette hypothèse, selon l'époque à laquelle on se trouve, en cours de bail ou après son expiration.

En cours de bail, il se pose simplement une question de droits sur les constructions. Le preneur a-t-il un droit de superficie ou le bailleur en acquiert-il la propriété par accession au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux ? Il se peut d'abord qu'une stipulation du bail ait prévu, de la part du bailleur, renonciation provisoire à l'accession, jusqu'à expiration du bail ; dans ce cas, le preneur acquiert la propriété temporaire des constructions. Si, au contraire, il n'y a aucune clause spéciale, on se prononce, en général, pour le droit d'accession immédiat du bailleur.

Mais tout ceci ne se présente que jusqu'à expiration du bail ; à ce moment intervient le véritable règlement et se pose réellement la question de l'application de l'article 555 au preneur. Cette question se divise d'ailleurs en deux ; d'abord, celle de l'application de principe de l'article 555, ensuite celle de l'assimilation du preneur au possesseur de bonne foi ou au possesseur de mauvaise foi. La première difficulté n'a pas donné lieu à beaucoup de controverses. Sans doute Laurent. (309) se prononce-t-il contre l'application de principe de l'article 555. Cet éminent juriconsulte, tout en reconnaissant l'existence du droit d'accession au profit du bailleur, ne permet pas à ce dernier de le faire valoir. Ce droit d'accession pourrait être opposé à un tiers possesseur, il ne peut pas l'être à un simple détenteur, parce que ce détenteur a eu le droit

(309) Laurent, XXV, n^{os} 179 et 180.

de faire les constructions et les plantations. Ce droit, le bail le conférait au preneur. Il a pour corollaire celui d'enlever et de démolir les ouvrages exécutés, sans que le propriétaire puisse s'y opposer. En vertu de quoi, en effet, ce dernier le pourrait-il? Le preneur, en restituant la chose dans l'état où il l'a reçue, accomplit toute son obligation, et le bailleur ne peut rien exiger de plus. De là Laurent tire cette conclusion que le preneur a le droit absolu d'enlever ce qu'il a édifié et que le bailleur n'est fondé, en vertu de son droit d'accession, à retenir malgré lui, même en lui allouant une indemnité sur les constructions et les plantations. Cette opinion est restée isolée dans la doctrine, bien qu'elle prétende s'appuyer sur le passage suivant de Pothier : « A l'égard des impenses simplement utiles, le locataire ne peut pas s'en faire rembourser par le bailleur qui n'a point donné ordre de les faire; mais il doit être au moins permis au locataire d'enlever à la fin du bail, ce qu'il pourra enlever, en rétablissant les choses, à ses dépens, dans l'état où elles étaient, en sorte que la maison n'en reçoive aucun dommage. » Tous les auteurs s'accordent cependant avec la jurisprudence (310) pour reconnaître au bailleur le droit de conserver les constructions en payant une indemnité, c'est-à-dire le droit d'invoquer l'article 555.

Mais s'il ne veut pas payer d'indemnité, peut-il exiger du preneur sortant qu'il démolisse les ouvrages et enlève les matériaux? Cela revient à se demander si le preneur doit être assimilé au pos-

(310) Req., 1^{er} août 1899. D., 1900, I, 350, et les renvois.

sesseur de bonne foi ou bien au possesseur de mauvaise foi. Il paraît difficile d'assimiler le preneur au possesseur de bonne foi, c'est-à-dire à celui qui se croit vraiment être propriétaire, puisque, par définition, il n'a pas l'*animus domini*; comme le déclare très justement Beudant (311), « le locataire sait nécessairement que le terrain ne lui appartient pas, puisqu'en signant le bail, il a expressément reconnu le droit de propriété du bailleur. » Par conséquent, eu égard à la solution générale, *le bailleur peut exiger la démolition des travaux*. Toutefois, à ce principe, il est fait une exception au cas où il y a eu permission de bâtir. On considère alors que le bailleur s'est refusé le droit de demander la démolition des constructions à la fin du bail et qu'il est réduit à conserver les constructions en payant, soit le prix qu'elles ont coûté, soit la plus-value actuelle qu'en retire le terrain (312).

Telles sont les solutions concernant le preneur. Vont-elles être semblables pour l'*usufruitier*? On pourrait le croire, vu les analogies qui existent indubitablement entre le bail et l'usufruit, au regard des constructions et plantations. Le preneur et l'usufruitier jouissent en effet, l'un et l'autre de la chose, et chacun est autorisé à tirer de sa jouissance tout le parti possible, sous la condition de ne pas nuire à la propriété. Par conséquent, de même qu'il est autorisé à apporter des améliorations à la chose, l'usufruitier a la possibilité de pro-

(311) Beudant et Voirin, IX, p. 377. En ce sens, un arrêt récent de la Cour de Cassation. *Civ.*, 28 mars 1939; *S.*, 1939, I, 265, note Audiat.

(312) *Req.*, 15 juillet 1912; *D.*, 1914, I, 28; *S.*, 1915, I, 105, note Naquet.

céder à des constructions nouvelles. Mais c'est en cela que réside précisément la difficulté. Va-t-on comprendre les constructions dans les améliorations, et elles seront alors régies par l'article 599-2° et ne donneront pas droit à indemnité, ou va-t-on les en séparer, et l'usufruitier aura le droit d'invoquer l'article 555 pour se faire indemniser. La jurisprudence s'est prononcée depuis longtemps en faveur de la première opinion (313). Certains auteurs l'ont suivie, mais beaucoup d'autres l'ont critiquée. Reprenons leurs arguments.

Mais auparavant, il est utile de faire une remarque d'ordre philologique. Le mot amélioration est susceptible d'être pris dans deux acceptions différentes, l'une générale et absolue, l'autre particulière et limitée. Employé de la façon la plus large, il s'entend de tout ce qui rend une chose meilleure et lui donne une plus grande valeur. Dans son sens propre et le plus usuel, au contraire, il s'applique à tous les ouvrages exécutés dans un fonds de terre ou dans une maison pour les mettre en meilleur état et en augmenter le revenu ou l'agrément. Le tout est de savoir quelle est l'acception du terme que le Code civil a employée dans l'article 599.

En faveur de la première acception, les auteurs s'appuient sur les arguments suivants. Ils invoquent tout d'abord l'autorité du Droit romain et les solutions de l'ancien Droit (314) d'où il ressort

(313) *Civ.*, 24 mars 1825; *S.* chronologique, 1825, 89; *Req.*, 4 novembre 1885; *D.*, 1886, I, 361; *S.*, 1886, I, 113; Besançon, 5 avril 1887, *D.*, 1888, 2, 222; Montpellier, 21 février 1907, *S.*, 1907, 2, 138.

(314) *V. D.*, VII, 1, 15, princip.; Pothier *Du Douaire*, n° 276, Domat : *Lois civiles*, L. I, t. II, sect. I, art. 17 et 18.

que l'on considérait autrefois l'usufruitier comme ayant voulu faire donation des constructions au nu-propriétaire, « donasse videtur ». Mais on remarque qu'il était fait application de la présomption « donasse videtur » au possesseur de mauvaise foi ayant édifié des constructions, et que, le Code civil l'ayant rejetée pour ce dernier, il n'est pas logique de la maintenir pour l'usufruitier. « Mais pourquoi donc? s'écrie Baudry-Lacantinerie (315) en droit romain, la présomption « donasse videtur » avait sa raison d'être quant au possesseur de mauvaise foi, qui ne pouvait pas usucaper. Chez nous, elle serait un non-sens, appliquée à ce même possesseur auquel notre loi permet d'usucaper pendant trente ans. Comment présumer qu'un semblable possesseur, qui se comporte comme propriétaire, et qui espère bien le devenir, en réalité, par la prescription, puisse avoir l'intention quand il construit sur le fond, de faire cadeau des constructions au propriétaire? Cette présomption, au contraire peut se justifier en ce qui concerne l'usufruitier : il ne possède point *animo domini*; son titre implique même la reconnaissance du droit du propriétaire; on peut donc facilement supposer qu'il construit avec l'intention de jouir des constructions pendant la durée de l'usufruit et de les abandonner ensuite au propriétaire. » Remarquons au passage que le même raisonnement peut aussi bien s'appliquer au locataire; et l'on peut, dans cette conception, refuser net tout droit au déten-

(315) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : Les Biens, n° 573.

teur quel qu'il soit sur les constructions qu'il a effectuées au cours de sa détention (316).

Mais tel n'est pas l'avis d'une grande partie de la doctrine qui se refuse à appliquer l'article 599 aux constructions élevées par l'usufruitier. Elle fait appel, pour fonder son opinion, à la notion d'enrichissement sans cause, et considère que le terme amélioration peut être pris dans son acception restreinte et usuelle. Sans doute, dit-elle, la tradition est en sens contraire et se justifie par la même raison que nous avons déjà rencontrée précédemment, à savoir que l'usufruitier a eu tort d'effectuer des travaux importants sans s'être concerté avec le propriétaire, qui ne peut se trouver obligé sans l'avoir voulu et peut-être au delà de ses moyens. Mais il semble qu'il faille se séparer de cette tradition. La présomption de donation a été rejetée par l'article 555 en ce qui concerne le tiers possesseur de mauvaise foi et les travaux préparatoires de l'art. 599 ne font jamais allusion à son maintien pour l'usufruitier. Ce silence montre éloquemment que le législateur n'a pas entendu maintenir pour l'usufruitier, un traitement qu'il esti-

(316) La même solution peut être déduite de la réalité du droit du preneur. On dit alors que l'article 555 est fait pour le tiers sans droit sur l'immeuble et ne peut être appliqué au preneur. C'est pour tirer, dans son intérêt, le meilleur parti de son droit réel qu'il fait des améliorations à l'immeuble loué. Connaissant les limites de son droit, il se livre en améliorant ou en construisant, à une spéculation dont il sait et calcule les bonnes comme les mauvaises chances. Rien n'empêche ainsi de lui appliquer l'article 599, c'est-à-dire, au fond, la solution la plus rigoureuse, alors que la réalité a pour but de conférer le plus grand nombre d'avantages au preneur.

mais à bon droit injuste et trop sévère pour un possesseur de mauvaise foi. Et qui plus est, l'argument que l'on tire de la situation précaire de l'usufruitier n'est valable que dans une certaine interprétation de l'article 555. Si, au lieu de ne tenir compte de la dernière phrase, on fait prévaloir sur elle le début de l'article, rien n'empêche d'en accorder le bénéfice autant au détenteur qu'au possesseur, en considération de la généralité des termes. Dès lors, *le sort des constructions élevées par l'usufruitier doit être réglé cumulativement par les articles 555 et 599 dont les dispositions se limitent mutuellement en se combinant* (317).

Cette argumentation nous paraît convaincante. Elle se fonde, en effet, sur le principe qui domine toute la matière, suivant lequel il est interdit de s'enrichir sans cause. Or, ce principe, manifestation particulière de la notion de droit, doit être appliqué chaque fois qu'il est possible, c'est-à-dire chaque fois qu'une règle du droit positif ne vient pas en interdire l'application. Comme le dit M. Bonnecase (318) « le domaine de la notion d'enrichissement sans cause est, de façon absolue, délimité négativement par l'ensemble des institutions juridiques de Droit positif... Si, à la base d'un déplacement de valeur entre deux personnes se trouve soit un acte, soit un fait juridique prévu par la loi, qui justifie ce déplacement ou, au contraire, autorise à le détruire, c'est sur le terrain de cet acte juridique ou de ce fait juridique qu'il faut se situer pour agir ». Or, en l'espèce, la règle de

(317) En ce sens, Beudant et Voirin, IV, n° 478, Aubry et Rau, II, § 204.

(318) Bonnecase, Précis II, n° 314.

l'article 599 nous paraît devoir être interprétée dans un sens favorable à l'usufruitier. Il n'est aucune raison valable, tirée de la formule du texte, en sens contraire, et le but de la loi est manifestement dans le sens de l'application de la notion d'enrichissement sans cause.

b) *Le droit de rétention*

Nous savons que la doctrine est d'avis d'accorder, d'une manière générale, le droit de rétention au détenteur qui ne peut se faire payer ce qui lui est dû par le possesseur. Mais si le principe est admis, les modalités d'application varient avec les différentes conceptions que les auteurs se font du droit de rétention.

Le Code civil a seulement prévu certains cas dans lesquels le droit de rétention est reconnu au détenteur. C'est ainsi que l'article 867 l'accorde au cohéritier obligé à faire le rapport en nature de l'immeuble; l'article 1612 le prévoit en faveur du vendeur lorsque la vente est au comptant et que l'acheteur n'a pas payé le prix. De même, l'article 1749 autorise le preneur à demeurer en possession des lieux loués, aussi longtemps que les dommages-intérêts auxquels il peut avoir droit ne lui auront pas été payés par le bailleur ou le nouvel acquéreur. L'article 1948 prévoit le même droit en faveur du dépositaire pour ce qui lui est dû à raison du dépôt, l'article 2082 en faveur du créancier gagiste, et enfin l'article 2087 en faveur de l'antichrésiste. Au Code de commerce aussi, à l'article 306, une disposition analogue est prévue au bénéfice du capitaine de navire pour le paiement du fret. Des textes légaux, par conséquent,

mentionnent expressément l'existence du droit de rétention, mais d'autres sont assez équivoques et surtout aucun ne prévoit comment il doit être appliqué. C'est pourquoi la question s'est posée de savoir s'il existait un droit de rétention ou simplement des droits de rétention, c'est-à-dire si le refus légitime d'exécuter pouvait se présenter dans des hypothèses autres que les hypothèses prévues par une disposition législative expresse. Ce qui revient à savoir, en ce qui nous concerne, *si le droit de rétention doit être accordé à tout détenteur quel qu'il soit*, dès lors qu'il lui est dû quelque chose à raison de ce qu'il détient.

La réponse qui peut être faite varie selon la nature que l'on reconnaît au droit de rétention et selon les conditions d'existence qu'on lui fait. Mais nous écartons tout d'abord comme périmée l'opinion selon laquelle le droit de rétention n'existe pas en dehors des cas où il est expressément reconnu par la loi (319). Cette opinion invoque la règle qui interdit la création d'une cause de préférence qui ne soit déjà admise par une disposition législative (art. 2094). Cet argument tombe à faux car on n'a jamais soutenu que le droit de rétention soit une cause de préférence au sens de l'article 2094 : il n'a jamais conféré au rétenteur le droit de se faire colloquer par préférence dans la procédure d'ordre ou de contribution.

Pour refuser toute extension au droit de rétention, certains partisans de la réalité de ce droit ont estimé que sa nature réelle lui conférerait un

(319) Laurent, XXIX, nos 284 et s. ; Pont, Petits Contrats, II, n° 1298 ; Olier, Des cas d'application de la rétention légale, p. 151.

caractère exceptionnel (320). Nous avons fait précédemment justice de la question du droit réel en matière de rétention (321), ce qui nous dispense de toute discussion. Au surplus, d'autres partisans de la réalité admettent qu'elle ne saurait empêcher la généralisation du droit de rétention (322).

Cette généralisation peut donc être faite; il suffit alors de savoir dans quelle mesure. Il est en effet difficilement admissible qu'il puisse exister un droit de rétention dans tous les cas où une personne est à la fois détentrice d'une chose appartenant à autrui et créancière de la même personne. Sans doute ce droit est-il nécessairement conditionné par l'existence d'une créance contre le possesseur de l'objet retenu, et « a fortiori », par l'existence, au moment considéré, de la détention de cet objet; mais ne faut-il rien de plus? Les auteurs s'accordent pour considérer comme nécessaire l'existence d'une troisième condition d'application. Mais ils divergent sur la question de sa nature. Certains ne se sont que difficilement affranchis de la conception restrictive de Laurent. C'est ainsi qu'Aubry et Rau (323) après avoir déclaré que le droit de rétention ne doit pas être restreint aux seules hypothèses prévues par les articles précités, écrivent qu'il ne peut être admis en dehors d'elles qu'à une double condition : d'abord que la créance du rétenteur soit connexe à la chose, ensuite que la détention se rattache à

(320) Cabrye, Du droit de rétention, 1860.

(321) *Supra*, p. 163.

(322) Glasson, Du droit de rétention, p. 58; Guillouard, Droit de rétention, n^{os} 51 et 55.

(323) Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 236 bis,

une convention ou, tout au moins, à un quasi-contrat, et que la dette connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat. Demolombe (324) va plus loin dans la voie de l'élargissement, car il admet en notre matière « le pouvoir discrétionnaire, qui appartient en général aux magistrats, pour tout ce qui concerne le règlement des mesures provisoires et conservatoires ».

Toutefois, à notre sens, ces diverses conceptions restent isolées dans la doctrine classique. Celle qui nous semble refléter avec le plus d'exactitude la pensée de la majorité des auteurs est la conception de Guillouard (325). Celui-ci n'admet plus qu'une seule condition en sus des deux précédemment énoncées : il doit y avoir connexité entre la créance et la possession de la chose, et cela qu'il y ait ou non entre les parties un lien dérivant d'un contrat ou d'un quasi contrat. Cette théorie a reçu l'adhésion d'auteurs plus récents (326) et est généralement connue sous le nom de théorie du « *debitum cum re junctum* » ; elle est, enfin, celle qui, après de nombreuses hésitations et incertitudes a été acceptée par la jurisprudence (327), bien que des arrêts plus récents (328) paraissent marquer une tendance restrictive et une confusion

(324) Demolombe, IX, n° 682.

(325) Guillouard, Droit de rétention, nos 51 et s.

(326) Josserand, II, nos 1472 et s.

(327) Cass., 22 décembre 1873, S., 1874, I, 72 ; Cass., 25 février 1878, S., 1878, I, 470 ; Tribunal de Ver vins, 14 août 1885, S., 1885, 2, 228 ; Cour de Chambéry, 19 juin 1896, S. 1897, 2, 282.

(328) Arrêt Alfred Motte et Cie, Douai, 25 novembre 1921, S., 1922, 2, 25, note Cassin,

regrettable entre le droit de rétention et « l'exception non adimpleti contractus » en vertu de laquelle une personne tenue de livrer une chose en vertu d'une convention synallagmatique peut se refuser à cette délivrance si l'autre partie n'exécute pas son engagement. Cette confusion se retrouve d'ailleurs chez certains auteurs modernes (329).

Toutes ces incertitudes tant doctrinales que jurisprudentielles sur le domaine d'application du droit de rétention, sans compter celles que nous avons relevées sur la nature de ce droit, ont provoqué l'apparition d'assez nombreuses études spéciales sur ce sujet (330), dont la plupart sont critiquables parce qu'elles cherchent une solution sans tenir compte des données textuelles, prétendant ne vouloir connaître que les exigences du crédit, les nécessités pratiques.

Pour nous, nous plaçant uniquement sur le terrain des textes du Droit positif, nous nous rallions, au sujet du droit de rétention, aux conceptions émises par M. Bonnecase (331). Or, les textes montrent des hypothèses où le droit de rétention existe sans qu'il y ait « debitum cum re junctum » ; nous voulons parler des articles 1749, 2082-2°.

(329) Note Ferron sous arrêt Girard, Cass., 26 avril 1900, S., 1901, I, 193 ; note Cassin précitée.

(330) Citons les plus récentes : Pogonato, Du droit de rétention, Paris, 1909 ; Panait Bobes, Les cas d'application du droit de rétention, thèse, Paris, 1913 ; Hommel, Le droit de rétention, essai d'une théorie en droit français, thèse Strasbourg, 1928.

(331) Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, V, pp. 571-680 ; Précis de Droit civil, II, n°s 73 et s., pp. 101 et s.

1293 et 1885 du Code civil. Ils montrent aussi que le droit de rétention et exception « non adimpleti contractus » sont deux institutions distinctes puisqu'ils prévoient des cas où le droit de rétention existe en dehors des rapports contractuels. La formule qui doit présider à l'octroi du droit de rétention doit donc être plus large que celles habituellement présentées par la doctrine. Elle doit être émise en prenant en considération les rapports de patrimoine à patrimoine et non point les rapports d'une chose envisagée isolément et d'une créance également envisagée isolément. On est ainsi « conduit inéluctablement à admettre le droit de rétention par le fait seul que le titulaire d'une créance a sous sa maîtrise une chose appartenant à son débiteur sous réserve d'un texte contraire ou d'un fait illicite, dont se serait rendu coupable le rétenteur pour s'emparer de la chose » (332).

Il en résulte, en ce qui concerne notre sujet, que *tout détenteur quel qu'il soit aura le droit de retenir la chose détenue, dès lors qu'il aura acquis une créance envers le possesseur*. Il n'est donc pas nécessaire que la détention soit fondée sur une convention; même si elle est basée sur une qualité, il peut y avoir rétention. De plus, la seconde réserve faite par M. Bonnecase, relative à l'acquisition illicite de la maîtrise de la chose par le rétenteur, ne trouve pas application en notre matière, puisque la détention est, par définition, un fait volontaire licite.

(332) Bonnecase, II, n° 94.

B. — EFFETS ATTACHÉS A LA DÉTENTION DES
LOCAUX A USAGE D'HABITATION, PROFESSIONNEL
OU COMMERCIAL

En matière de louage, certaines lois récentes ont reconnu certaines prérogatives au preneur, à l'encontre du possesseur. Quant à nous, nous considérons que *ces prérogatives lui sont conférées uniquement à raison de sa détention de l'immeuble*. C'est ce que nous nous proposons de démontrer maintenant, mais en faisant remarquer, en même temps, que cette détention doit présenter certains caractères pour que des effets lui soient pareillement accordés. Comme ces effets varient selon que le bail porte sur un local à usage d'habitation ou à usage professionnel ou bien sur un local commercial, nous aurons deux parties distinctes.

a) *Baux des locaux à usage d'habitation
ou à usage professionnel*

Nous avons vu haut (333) que les difficultés qui sont nées de la guerre de 1914 et qui se prolongent jusqu'à nos jours en s'accroissant laissent prévoir une réglementation destinée à parer aux conséquences regrettables pour les locataires, de la crise du logement. Cette réglementation spéciale aux locaux à usage d'habitation et à usage professionnel est contenue dans de nombreuses lois dont les premières font partie de la législation de la guerre de 1914 et dont certaines sont encore en vigueur de nos jours à la suite de prolongations

(333) *Supra*, pp. 267 et s.

réitérées de leur durée d'application. C'est ainsi que la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée par la loi du 29 juin 1929 nous régit toujours, du moins dans certaines de ses dispositions, et c'est d'elle seule que nous traiterons. Elle a eu pour but, nous le savons, de concilier les droits des locataires et des propriétaires. Pour assurer la garantie des droits des premiers, elle a établi une double réglementation qui concerne d'abord la fixation d'une limite au prix des loyers, et ensuite des prorogations de jouissance. Seules ces dernières nous intéressent parce que, seules, elles se rapportent à notre sujet. Nous allons voir pourquoi en étudiant d'abord qui en bénéficie et dans quelles conditions et ensuite à quelles locations elles s'appliquent. Autrement dit, en cette matière, la détention d'un immeuble ne peut conférer des prérogatives qu'à une double condition qui concerne, l'une la *personnalité du détenteur*, l'autre la *situation et la qualité de l'immeuble détenu*.

I. — La loi du 29 juin 1929 modifiant en cela l'article 2 de la loi du 1^{er} avril 1926 édicte que *peuvent bénéficier des prorogations de jouissance tous ceux qui se trouvaient en possession au 30 juin 1929, à titre de locataires, de sous-locataires ou de cessionnaires de bail (334) ou encore à titre d'occupants en vertu d'une prorogation antérieure ou d'un délai de grâce. Mais à deux conditions : d'abord qu'ils soient de « bonne foi » (art. 2).* Cette expression signifie ici que les bénéficiaires

(334) La prorogation court du jour de l'expiration du bail, s'il était à durée déterminée, et dans le cas contraire, du jour auquel doit produire effet le congé signifié par le bailleur : Trib. civ. Seine, 18 mars 1930, DH., 1930, 342.

de la prorogation doivent payer régulièrement le loyer, jouir en bon père de famille. Cette condition a dû être particulièrement rappelée après la déclaration de guerre de 1939 à cause de la mentalité de beaucoup de locataires pour lesquels augmentation des difficultés économiques signifie droit de ne pas payer leurs dettes. C'est pourquoi la loi du 27 avril 1940 est venue spécifier que seuls peuvent bénéficier des prorogations les locataires qui acquittent intégralement leur loyer ou qui bénéficient de réductions en vertu du titre II du décret du 26 septembre 1939 (335). Sinon, d'après l'article 3 de la loi de 1926, le bailleur sera recevable à demander en justice la déchéance du droit de prorogation. Ce n'est pas tout, pour bénéficier de ce droit, il faut aussi, en principe être de nationalité française. Toutefois, une exception est faite pour les locataires de nationalité étrangère qui ont servi dans les armées alliées pendant la guerre de 1914-1918 ou dont les enfants ont eux-mêmes servi dans ces armées, et pour ceux qui sont assimilés aux Français par des conventions diplomatiques.

II. — La situation et la qualité de l'immeuble détenu interviennent aussi dans l'octroi des prorogations ou, tout au moins, influent sur leur durée. *Les prorogations les plus longues s'appliquent aux immeubles des grandes villes qui ont un loyer assez bas*; c'est en effet pour eux que la crise du logement se fait le plus particulièrement sentir, car ils sont très demandés. C'est ainsi que les prorogations les plus étendues, qui devaient cesser leur effet le 1^{er} juillet 1939, mais dont les lois

(335) Cf. note 1, L. N., 1940, 3, 398.

successives, la dernière étant du 29 décembre 1940. ont prolongé la portée jusqu'au 1^{er} juillet 1941, visent les locaux d'habitation, dont le loyer, au 1^{er} août 1914, était à Paris inférieur à 500 francs, dans les villes de plus de 100.000 habitants et dans les communes limitrophes, inférieur à 250 francs. Ajoutons que pour les baux professionnels, pour une durée égale de prorogation, les taux des loyers sont plus élevés, car on estime que l'égalité de prix signifie que le local professionnel est moins étendu que le local d'habitation (336).

b) *Baux des locaux commerciaux*

Par la loi du 30 juin 1926, modifiée par la loi du 13 juillet 1933 sur la propriété commerciale, les commerçants ont obtenu, pour sauvegarder la clientèle qu'ils se sont créée, le droit de demander le renouvellement du bail; les prorogations, par conséquent, ne les intéressent plus. Ils ont donc, uniquement parce qu'ils ont eu la détention d'un immeuble pour y exploiter un fonds de commerce, détention qui leur a permis d'acquérir une clientèle, ils ont le droit de se maintenir en possession pendant une nouvelle période, ou bien le droit, si le propriétaire les chasse, de lui demander une indemnité d'éviction, et subsidiairement des dommages-intérêts, s'il exploite, par la suite, un com-

(336) Notons, pour terminer, que les droits légitimes du propriétaire ne sont pas absolument ignorés par la loi de 1926. Le propriétaire conserve en effet un droit de reprise de l'immeuble lorsqu'il veut l'occuper lui-même ou le faire occuper par certains membres de sa famille (art. 5) ou lorsqu'il veut le démolir pour le reconstruire (art. 21).

merce similaire dans l'immeuble (337). En quoi consistent également ces différents droits, à qui sont-ils exactement accordés, c'est ce que nous allons voir maintenant.

I. — Selon Beudant (338) qui résume parfaitement les dispositions embrouillées de la loi de 1926, *bénéficient de la propriété commerciale* « les l'immeuble depuis deux ans au moins au moment locataires exploitant un fonds de commerce dont de l'expiration de la location, en vertu d'un bail écrit ou d'une location verbale, d'une cession de bail ou d'une sous-location, s'ils sont, en principe, de nationalité française ». Nous ajouterons que pour bénéficier de l'indemnité d'éviction ou de dommages-intérêts, le commerçant doit être de bonne foi en ce sens que le défaut de renouvellement ne doit pas lui être imputable, et nous n'insisterons que sur deux points, la durée de la jouissance et la bonne foi du locataire.

Le locataire qui demande le renouvellement du bail doit avoir exploité son fonds de commerce dans les lieux loués pendant un certain nombre d'années, c'est dire que *la détention ne peut avoir effet en la matière qu'à condition d'avoir été d'une durée assez importante* pour permettre la constitution de la clientèle qui est l'objet de la protection légale. Cette durée varie selon la nature du bail. Les deux années qui précèdent l'expiration du bail sont suffisantes si le bail est écrit. S'il s'agit par contre d'une location verbale, il faut exciper de six années de jouissance consécutive

(337) Il a aussi droit à des indemnités d'enrichissement sans cause. *Supra*, p. 283.

(338) Beudant et Brethe de la Gressaye, XI, nos 577 et s.

écoulées au moment du congé (article premier alinéa 1 et article 17). La raison de cette durée variable est que, dans l'hypothèse d'une location à durée indéterminée, le bailleur désire avoir la possibilité de faire cesser le bail à chaque instant et, par suite le locataire congédié ne saurait se plaindre d'une atteinte à son droit sur la clientèle. Toutefois, le législateur a considéré que ce droit devenait le plus fort et digne d'être protégé lorsque la jouissance et la détention de l'immeuble se sont prolongées pendant une durée de six années consécutives au moins.

D'autre part, pour bénéficier d'une indemnité d'éviction au cas de non-renouvellement du bail, le locataire doit être de bonne foi, ou si l'on préfère, n'avoir rien à se reprocher. Si, au contraire, le renouvellement ne peut avoir lieu à cause de lui, alors que le bailleur y consent et que le juste prix du loyer a été fixé par la procédure dite d'arbitrage, il ne peut prétendre à aucune indemnité d'éviction. Pareillement, il n'est pas reçu à demander des dommages-intérêts si le bailleur vient à exercer un commerce ou une industrie similaire dans le même immeuble. Nous allons dire maintenant quelques mots de ces deux indemnités.

II. — Lorsque le renouvellement du bail n'a pu avoir lieu à cause du bailleur, il est dû au locataire une *indemnité d'éviction* (article 4). Cette indemnité doit réparer intégralement le préjudice causé au locataire c'est-à-dire la perte subie et le gain manqué. Si le locataire n'a pas pu trouver de locaux vacants dans le quartier, il doit être indemnisé de la perte totale de la clientèle locale (339).

(339) Cass., 14 novembre 1932, D. H., 1932, 588.

Si, au contraire, il a pu s'installer à proximité de son ancien établissement, et n'a pas perdu sa clientèle, il a droit, tout au moins, à être indemnisé des frais de déménagement et de réinstallation (340).

De plus, comme nous l'avons dit, si, dans le délai de cinq ans, le bailleur exerce lui-même dans l'immeuble un commerce ou une industrie similaire, ou loue à un concurrent du locataire évincé alors que la loi lui défend (article 8), le locataire sortant a droit à une réparation. Primitivement, elle était fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause; il fallait tenir compte en effet, pour l'évaluer, d'une part de la perte subie par le locataire, d'autre part de l'enrichissement retiré par le bailleur ou le nouveau locataire. Mais la loi du 13 juillet 1933 a modifié l'article 8 et le mode de calcul de l'indemnité. Ce calcul devra se faire désormais suivant les règles des dommages-intérêts, sur la base du préjudice causé au locataire sortant dont la clientèle a été détournée. Le bailleur, par conséquent, qui permet, en violation de la loi, à un concurrent de s'installer dans l'immeuble ou qui s'y installe lui-même, commet un délit civil (341).

(340) Req., 7 février 1933, *Gaz. Pal.*, 1933, I, 844.

(341) Des dispositions calquées sur celles de la propriété commerciale ont été introduites dans les rapports du fermier et du bailleur par le projet de loi déjà cité du 21 mai 1937. On y retrouve en effet le droit au renouvellement et l'indemnité d'éviction. Mais, encore une fois, ces dispositions sont restées à l'état de projet.

SECTION II

LA PROTECTION DE LA DÉTENTION

Fidèle au plan que nous nous sommes tracé, il nous reste maintenant à étudier le dernier et le plus important effet attaché à la détention et relatif à la protection de ce fait par le Droit, et à envisager tant la protection personnelle du détenteur que sa protection devant le juge. Nous savons que pour l'immense majorité des auteurs, il ne saurait être question d'une semblable protection, à raison, principalement, du caractère matériel du fait de détention. Or nous croyons avoir suffisamment prouvé la juridicité de ce fait pour avoir levé en conséquence cette objection. De plus, il est absolument légitime, d'un point de vue rationnel et d'un point de vue humain, de vouloir protéger les détenteurs. Au reste, les théories objectives ont été édifiées principalement dans ce but et les auteurs français contemporains sont tous de cet avis, bien qu'ils n'aient jamais cherché véritablement à lui donner un fondement solide en Droit positif. C'est ce que nous nous proposons de faire et de montrer que dans notre Droit positif français, il y a place pour une protection spéciale de la détention, « une protection détentoire » qui est distincte de la protection possessoire. Les sources se trouvent principalement dans les arrêts jurisprudentiels.

SOUS-SECTION I

LA PROTECTION PERSONNELLE DU DÉTENTEUR

Nous avons vu plus haut (342) que la doctrine classique admettait la possibilité pour le détenteur de repousser par la force les actes agressifs sur la chose et qu'elle fondait cette prérogative sur le droit de légitime défense. Ce droit était, au reste, reconnu par Ihering (343) qui s'exprimait ainsi : « Ce droit appartient à toute personne à laquelle on essaie d'arracher une chose qu'elle a en mains; il appartient au détenteur aussi bien qu'au possesseur.. » Cet auteur constatait aussi que la force ne devait pas être employée par celui qui est prévenu dans l'occupation des choses, car « il est loisible à chacun de prévenir les autres dans l'appropriation des choses qui sont sans possesseur, même lorsqu'il est visible que leur intention se portait vers elles et que leur rapport local était plus proche » (347).

Ces décisions nous semblent absolument fondées en équité, ou mieux nous semblent être une juste application des données de la science du droit. Mais il reste à savoir si elles sont appliquées telles quelles dans le Droit positif français. Auparavant, il nous paraît utile, pour avoir de meilleurs éléments de solution, de rappeler celle qui a été prise en Droit allemand.

(342) *Supra*, p. 189.

(343) Ihering, *op. cit.*, *loc. cit.*

(344) V. pour les solutions romaines : Duquesne, thèse citée, p. 146.

§ 1^{er} — LES SOLUTIONS ALLEMANDES

I. — Le véritable intérêt de la distinction de la possession et de la détention réside, en Droit allemand (345) comme en Droit français dans la situation qui est faite au simple détenteur. Car la détention produit l'effet négatif d'interdire au détenteur l'exercice des moyens de défense possessoire. Il n'a donc l'exercice ni des actions possessoires traditionnelles, l'une conservatoire, l'autre récupératoire, ni du droit de défense privée et de justice personnelle tel qu'il est défini par l'article 859 B. G. B. : « Le possesseur peut repousser par la force, la voie de fait défendue. Si une chose lui a été enlevée par la force, il peut la reprendre de la même manière à celui qui a été surpris en flagrant délit ou qu'il poursuit sur le champ. Si la possession d'un immeuble lui a été enlevée ainsi, le possesseur peut aussitôt après sa dépossession, déposséder l'usurpateur en employant lui-même la force. » Cet article prévoit ainsi en faveur du possesseur une double prérogative : d'abord lorsque le bien est attaqué, il a le droit de repousser l'attaque par la force; il peut donc invoquer la légitime défense; ensuite, si la dépossession a eu lieu, il faut repousser l'usurpateur par la force, à condition qu'il le fasse sur le champ, et reprendre son bien (droit de reprise personnelle). Légitime défense et reprise personnelle constituent les moyens d'emploi légitimes de la force par le possesseur. Sans doute le législateur ne pousse point à leur emploi. Ce sera souvent fort difficile de dé-

(345) *Supra*, pp. 113 et s.

cider de l'illégitimité ou de la légitimité de la force dans les cas particuliers. Le juge devra se laisser guider par sa conscience, se souvenant qu'il y a là une sanction nécessaire que l'ordre social exige de n'employer qu'à la dernière extrémité.

Ainsi présentée, la question semble requérir une réponse inéluctable : le détenteur n'est pas admis à exercer le droit de défense privée et à repousser les actes agressifs sur la chose. En réalité, il n'en est rien car, si l'article 859 est une disposition particulière au possesseur, il existe aussi une disposition générale, de droit commun, applicable à tous les individus en vue de protéger leur personnalité et qui est contenue dans les articles 227 et 229 (346). Ces articles instituent le droit de légitime défense et de reprise personnelle, en un mot le droit de se faire justice à soi-même, d'un point de vue civil, lorsque un acte illicite a porté sur l'un quelconque des éléments qui constituent la personnalité humaine, la vie, l'honneur, la liberté, le corps ou le patrimoine. Par conséquent, le détenteur dont le bien a été atteint illégalement peut les invoquer.

(346) ART. 227 : « Un fait imposé par mesure de défense personnelle forcée n'est pas contraire au droit.

« Il y a défense personnelle forcée, lorsque celle-ci est exigée pour écarter de soi ou d'autrui une attaque qui soit actuelle et faite en violence du droit ».

ART. 229 : « Celui qui pour faire valoir son droit s'empare d'une chose, la détruit ou l'endommage, ou qui, dans le même but, arrête l'obligé soupçonné de vouloir prendre la fuite ou brise la résistance de l'obligé à un acte que celui-ci devait subir, n'agit point illégalement, si l'intervention de l'autorité publique ne peut avoir lieu à temps et si en n'agissant pas immédiatement il court le danger que la réalisation du droit soit rendue impossible ou notablement plus difficile ».

Mais alors que le possesseur, pour exercer les mêmes droits, est simplement tenu d'agir sur le champ, le détenteur réduit au droit commun de l'article 229, doit exciper du grave danger auquel il se serait exposé en recouvrant à la force publique. De plus, on considère que le détenteur ne peut agir que contre les tiers et non contre le maître de la chose, à moins que celui-ci n'attende à sa personne. La raison de cette interdiction est la suivante : le détenteur n'a relativement à la chose aucune possession ni aucun droit propre à défendre, ce qui a pour effet de le priver de toute action, mais, à l'égard des tiers, on suppose qu'il agit par représentation du possesseur pour défendre la possession de ce dernier.

Mais alors, s'est-on-dit, pourquoi à l'égard des tiers ne pas admettre le détenteur à exercer le droit reconnu par l'article 859? Rien, en effet, dans son comportement extérieur ne permet de le distinguer du possesseur, et les tiers ne peuvent juger que d'après l'extérieur. Et très logiquement, l'article 860 est venu accorder à « celui qui exerce la puissance de fait pour le possesseur » l'exercice des droits conférés par l'article 859. Toutefois, on considère aussi que la représentation du possesseur par le détenteur ne doit pas dépasser son but, c'est-à-dire la sauvegarde des intérêts du maître. Il faut donc apprécier le degré d'indépendance que ce dernier a entendu conférer au détenteur dans la défense de ses intérêts et dans quelle mesure il lui a laissé le soin d'interpréter les instructions qu'il lui a données. Il peut se faire enfin que le tiers vis-à-vis duquel il est permis au détenteur d'agir en représentation du possesseur, agisse lui-même comme mandataire du maître de la chose

pour éviter par exemple que le détenteur fasse un usage de la chose non conforme aux intentions du possesseur. Dans ce cas, il ne saurait avoir l'exercice du droit conféré par l'article 859.

Nous constatons, en définitive, qu'en droit allemand, réapparaît la différence de situation faite au détenteur selon qu'il s'adresse aux tiers ou à celui dont il tient la chose. Vis-à-vis des tiers, il y a assimilation presque complète avec le possesseur, tandis que vis-à-vis de ce dernier, le détenteur est dépourvu de tout moyen d'action.

II. — Par l'exposé précédent, nous voyons que le législateur allemand a admis le *droit civil de légitime défense* lorsqu'un acte illicite a été commis contre les biens; bien plus, il a reconnu le *droit de se faire justice à soi-même*, dernier vestige des droits anciens, sous certaines conditions. Dans l'exercice de ces droits, celui de la force est admis par la loi; or, la force suppose pour son exercice une violence contre la personne. Par conséquent, le détenteur ou le possesseur n'agit pas illégalement lorsqu'il attente à la vie de l'usurpateur ou du voleur. C'est là le point important et distinctif du droit allemand par rapport au droit français, comme nous allons le voir.

§ 2. — ETAT DE LA QUESTION EN DROIT FRANÇAIS. ELEMENTS DE RECHERCHE D'UNE SOLUTION FRANÇAISE.

I. — Le problème est dominé dans notre Droit par la disposition de l'article 328 du Code pénal : « il n'y a ni crime ni délit, dit cet article, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient com-

mandés par la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». Le texte pose donc avec netteté qu'il ne saurait y avoir légitime défense que si l'agression est dirigée contre la personne, qu'il s'agisse d'ailleurs de la sienne propre ou de celle d'autrui. Par contre, la légitime défense n'existe pas lorsque l'agression a porté sur les biens. Le Droit français est donc en la matière à l'opposé du Droit allemand. Toutefois, l'article 329 prévoit une exception : si l'homicide a été commis ou si les blessures ont été faites, ou enfin si les coups ont été portés en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement habité, il y a légitime défense, car l'habitant de la maison ou de l'appartement qui se trouve en présence du malfaiteur, peut légitimement présumer un danger imminent. Mais, mise à part cette exception, le possesseur et, « a fortiori », le détenteur n'a jamais le droit de toucher à la personne de l'usurpateur.

Cela ne veut d'ailleurs pas dire qu'on lui refuse le droit de repousser par la force l'agression contre ses biens, mais il ne lui faut pas aller jusqu'à porter atteinte à l'intégrité et à la vie de la personne de l'agresseur. Ainsi la légitime défense n'est pas permise contre le trouble ou la dépossession simplement ; il faudrait que l'agression menace la personne même du détenteur. Pareillement, le droit de reprise personnelle tel qu'il se présente en Droit allemand n'existe pas en Droit français. La voie de fait illicite accomplie, le dépossédé n'aura pas le droit de reprendre la chose par des actes contre la personne même de l'usurpateur. Le voyant partir avec l'objet en mains, il n'aura point le droit de tirer dessus pour le lui faire rendre, même s'il

y a là le seul moyen d'empêcher la dépossession d'être définitive. Le fermier voit un malandrin s'emparer du cheval dont il se sert dans son exploitation; il ne peut arrêter le voleur par une cartouche de fusil; un seul parti pour lui, s'adresser à la justice.

II. — Ces dispositions se justifient par la considération suivante : il serait excessif de donner, pour une simple menace de vol, le droit d'infliger la mort à l'agresseur qui, si le vol était consommé, ne serait jamais puni de la peine capitale. *Elles n'en sont pas moins trop rigoureuses et trop restrictives.* Il est des cas où l'homme le plus fort ne saurait rester impassible devant la perte de ce qu'il a mis longtemps à acquérir; et il ne faut pas croire qu'il en puisse être autrement parce qu'on a la détention et non la propriété de la chose. Pour reprendre l'exemple cité plus haut, le fermier qui voit disparaître le cheval qui lui permet de travailler et de gagner son pain quotidien, souffre autant, si ce n'est plus, que le riche propriétaire qui dispose de nombreux chevaux et dont un seul est volé. Il en est de même de l'encaisseur à qui on arrache une sacoche soigneusement portée sous le bras, par rapport à l'élégante jeune femme dont on a volé le sac à main. Or, dans toutes ces hypothèses, d'après le Code pénal, il ne peut y avoir exercice de la légitime défense. Solution, encore une fois, bien rigoureuse et peut-être même paradoxale. Comme le remarque très justement Schwab, « ce serait folie de croire que le possesseur doit, les bras croisés, assister à sa dépossession et ensuite, quand il a pu se convaincre de son infortune, aller tranquillement chez son avoué et lancer une as-

signation » (347). Sans doute, nous l'avons vu aussi, admet-on que l'on puisse faire une certaine violence à l'usurpateur, à condition qu'elle ne porte pas atteinte à l'intégrité de son corps, tout au moins lorsqu'il s'agit d'un bien ayant une valeur importante. Mais alors, comme le remarque Ihering (348), on fait un devoir « à celui qui est attaqué de peser très exactement, et malgré la plus violente émotion, combien il faut de force pour repousser l'attaque. S'il brise inutilement le crâne à l'agresseur, quand celui qui aurait pu d'avance rechercher exactement la dureté de ce crâne et s'exercer convenablement à frapper juste, aurait pu le mettre hors d'état de nuire par un coup moins violent, il est responsable ! »

Les Tribunaux ont constaté les désavantages du système pénal français mais ils ont été obligés de l'appliquer et de ne jamais reconnaître au propriétaire le droit de défendre personnellement sa propriété. En cela, ils ont eu raison, car il est évident que seule une loi peut étendre le domaine de la légitime défense. Toutefois, il est reconnu que le propriétaire a le droit de défendre sa propriété en disposant à la porte d'entrée de sa maison où à son coffre-fort, un appareil qui, en cas d'effraction, fera explosion et tuera ou blessera l'auteur de cette effraction. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 mars 1902 (349) a ainsi admis le droit de légitime défense pour le propriétaire qui avait placé un détonateur à l'entrée d'un parc entièrement clos,

(347) Schwab, thèse citée, p. 155.

(348) Ihering, La lutte pour le droit, p. 109.

(349) S., 1903, I, 5, note Lyon-Caen. V. aussi note Rousseau, sous *Bruxelles*, 29 janvier 1930, S. 1930, 4, 17.

parc qui contenait du poisson dont un individu avait voulu s'emparer; en escaladant la clôture, cet individu avait actionné le détonateur et avait dû, par la suite, être amputé de la jambe. La Chambre des Requêtes invoquait à l'appui de sa décision que le malfaiteur « ne devait attribuer qu'à lui-même les conséquences de l'acte qu'il a commis ». Lyon-Caen, annotant l'arrêt, remarque très justement que la Cour de Cassation fait ainsi bon marché de la conception restrictive du Code pénal en matière de légitime défense et que l'argument qu'elle présente ne va « à rien moins qu'à faire disparaître toutes les dispositions restrictives concernant la légitime défense, par cela même qu'il y a toujours faute de la part de celui contre lequel on cherche à défendre soi-même, les siens ou sa propriété ».

Quoi qu'il en soit, s'il paraît très difficile pour les Tribunaux d'étendre le droit de légitime défense à la protection des biens (350), il leur est toujours loisible, et d'habitude c'est ce qu'ils font, de déclarer le « propriétaire irresponsable des actes de violence qu'il a commis pour protéger ses biens, en vertu de l'article 64 et en décidant qu'il a obéi à une force irrésistible » (351); on fait alors appel à *l'idée de contrainte morale*. Il y a contrainte morale lorsque « la menace d'un mal grave et imminent si l'on n'accomplit pas un acte illicite détruit,

(350) Il faut reconnaître aussi que, suivant en cela la doctrine classique, il leur paraîtrait encore plus difficile d'admettre la protection de la détention, simple fait (V. en ce sens Péritch, *La légitime défense en cas de possession et de détention, Revue pénitentiaire*, 1921, p. 321).

(351) Vidal et Magnol, *Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire*, p. 318.

par la crainte qu'elle inspire, la liberté de volonté nécessaire à l'imputabilité pénale, de même qu'elle constitue un vice du consentement en matière civile » (352). Toutefois, il nous semble qu'on ne puisse parler de contrainte morale en notre matière. En effet, il y a contrainte lorsqu'on est obligé d'agir, et lorsque celui qui agit ne peut le faire que dans le sens où elle le pousse. Au contraire, dans notre hypothèse, il est toujours permis au détenteur, comme au possesseur ou au propriétaire, de ne pas repousser l'usurpateur; il peut, s'il a le sang-froid nécessaire, assister impassible à la consommation de l'acte illicite.

En conséquence, il nous semble que la seule voie qui soit ouverte à la jurisprudence, si elle veut tenir compte des critiques très justes que l'on porte à la conception de notre Code pénal, est d'invoquer *l'état de nécessité* dans lequel se trouve le possesseur ou le détenteur. La nécessité, en effet, n'est pas la contrainte. Si, comme cette dernière, elle a pour effet de pousser le sujet à agir, elle ne l'y oblige pas; il reste libre de s'abstenir et de sacrifier le bien menacé au respect de la vie d'autrui (353). D'autant plus que les conditions suffisantes pour établir l'état de nécessité nous semblent parfaitement remplies : menace d'un mal assez grave pour ne pouvoir être accepté sans un sacrifice que la loi ne peut imposer; imminence du danger; impossibilité d'éviter le mal par d'autres moyens que ceux employés; enfin la nécessité ne doit pas avoir, par le fait et la faute de la victime,

(352) Vidal et Magnol, *op. cit.*, p. 297.

(353) En ce sens, Roux, note au S., 1899, 2, 1. La légitime défense est une forme privilégiée de l'état de nécessité.

donné naissance à la situation qui la met en état de nécessité (354). Si cet état est ainsi admis dans notre hypothèse, il aura pour effet d'enlever à l'acte commis par le détenteur son caractère délictueux au point de vue pénal, mais il laissera intacte l'obligation de réparation qui pèse sur celui qui, pour sauver son bien, a sacrifié le bien d'autrui.

Remarquons en terminant que cet emploi de l'état de nécessité pour justifier l'exercice de la légitime défense en cas d'attaque contre les biens laisse intacte la question du droit de reprise personnelle, du droit de se faire justice à soi-même. Constatons-le encore une fois, alors que la légitime défense tend à empêcher le mal et la violation du droit, à écarter le danger imminent de la violation du droit par la réaction individuelle substitué nécessairement à la protection sociale absente ou impuissante, le droit de reprise personnelle tend à faire cesser le mal déjà accompli, à admettre la possibilité de se faire justice à soi-même. Or, une telle prérogative ne peut exister en Droit français. Comme nous allons le voir maintenant, il est nécessaire, dès que l'acte illicite a été perpétré, de recourir au juge pour en faire disparaître les conséquences fâcheuses.

SOUS-SECTION II

LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA DÉTENTION

Dans toutes les législations, même dans celles où la réaction individuelle est admise dans son

(354) Vidal et Magnol, *op. cit.*, pp. 331 et 332.

intégralité, il ne saurait y avoir là qu'un pis-aller, seulement reconnu à défaut de la réaction sociale. Il faut toujours requérir la protection du juge dès lors qu'un certain temps s'est écoulé depuis l'accomplissement de l'acte illicite. C'est ainsi qu'on accorde au possesseur d'une chose immobilière l'exercice des actions possessoires afin de faire disparaître le trouble apporté à sa possession ou afin de le remettre en possession s'il a été injustement dépouillé; de même le possesseur d'une chose mobilière peut exercer la revendication des meubles perdus ou volés.

Mais nous savons aussi que la doctrine classique refuse les mêmes prérogatives au détenteur en invoquant très légitimement que, le titre en vertu duquel il détient étant une négation du droit de propriété, la protection conférée à la possession qui n'est au fond qu'une protection avancée de la propriété, ne saurait lui être accordée; tout ce qu'il lui est loisible de faire, c'est d'appeler le possesseur en garantie, car c'est lui qui est le seul intéressé.

Nous n'avons pas besoin d'insister longuement à cette place, après tout ce qui a été déjà dit incidemment sur la question, pour déterminer la part de vrai et la part de faux qu'il y a dans la conception classique. S'il est vrai que, sauf exceptions, le détenteur ne peut jamais prétendre à la protection possessoire, rien n'empêche, par contre, qu'il puisse bénéficier d'une protection qui lui soit particulière.

A l'établissement d'une semblable protection, nous voyons deux raisons primordiales.

D'abord les détenteurs ont un *intérêt* à sauvegarder. Cet intérêt, nous nous sommes attachés

dans la première partie de ce travail (355) à en démontrer l'existence, et nous avons vu qu'il pouvait exister même en dehors des cas appelés par Ihering cas de détention intéressée. Or, après la démonstration de cet auteur (356), il n'est plus besoin de marquer l'importance de l'intérêt pour le droit et pour l'action en justice, élément extérieur du droit. Par conséquent, l'« obstacle », que l'on pourrait tirer de l'absence d'intérêt, à l'admission d'une « protection détentoire », est levé.

D'autre part, les situations engendrées par le rapport de détention sont des *éléments stables de l'ordre social* et, en tant que telles, elles méritent aussi d'être protégées. L'ordre public, en effet, postule que toutes les violences et toutes les usurpations soient réprimées; nous avons d'ailleurs vu que c'était en partie par cette idée que l'on légitimait la protection possessoire (357). Or, elle s'applique tout aussi bien à la détention qu'à la possession.

Sur ce double fondement, il est légitime de vouloir asseoir une protection particulière à la détention qui permettra au détenteur de recourir personnellement au juge afin de se faire préserver contre toutes atteintes illicites. La jurisprudence, selon nous, s'est déjà engagée dans cette voie en accordant au détenteur l'exercice de la réintégrande, lorsqu'il détient une chose immobilière et l'exercice d'une action en revendication dont les effets sont similaires des effets de la réintégrande, lorsqu'il détient une chose mobilière. C'est à l'étude de

(355) *Supra*, pp. 138 et s.

(356) Ihering, *Esprit du Droit romain*, IV, pp. 329 et s., 337 et s.

(357) *Supra*, p. 181.

cette jurisprudence et aux directives qui s'en dégagent que cette sous-section est destinée.

§ 1^{er}. — LA PROTECTION JUDICIAIRE
DE LA DÉTENTION IMMOBILIÈRE

La jurisprudence, pour autoriser le détenteur à accéder aux Tribunaux, s'est servie de l'action en réintégrande. Nous allons voir à quelles conditions elle subordonne l'exercice de cette action, à quels résultats elle est pratiquement parvenue et enfin quelle extension de son point de vue on peut proposer.

A. — CONDITIONS D'EXERCICE DE LA RÉINTÉGRANDE
DANS LA JURISPRUDENCE

Elles sont de deux sortes, les unes ont trait à la possession, les autres à la dépossession.

a) *Conditions d'exercice relatives à la possession*

Le résultat le plus important auquel la jurisprudence soit arrivée, est certainement d'avoir déclaré les articles 23 du Code de procédure et 2229 du Code civil inapplicables à la réintégrande. Le demandeur, en d'autres termes, ne doit pas nécessairement, pour obtenir sa réintégration, avoir la possession de la chose à titre de propriétaire : *il est suffisant qu'il en ait la détention*. Cette décision a été prise par les Tribunaux depuis fort longtemps puisqu'un arrêt de la Cour de Cassation, Section des

Requêtes, du 10 novembre 1819 (358) admettait déjà que la réintégrande puisse être formée par un fermier contre un tiers venant le troubler dans sa détention. Depuis lors, elle a été souvent reproduite; une remarquable diversité d'expressions a d'ailleurs été employée à cet effet, que l'on parle, soit de « possession précaire » ou « à titre précaire » (359), soit de détention matérielle (360) ou de jouissance matérielle (361). Cette diversité d'expressions trouve d'ailleurs sa raison, uniquement dans le fait suivant : notre matière a été pratiquement oubliée du législateur et la plus grande liberté était par conséquent laissée aux juges qui se sont efforcés de dégager une notion unique; mais manquant de directives légales et ne voulant pas s'enfermer dans des cadres trop étroits, ils ont fait preuve d'une grande imagination pour donner une forme terminologique à cette notion. Mais quel que soit la forme, le fond demeure identique. La réintégrande est ouverte dès lorsqu'on a la simple détention de la chose.

Le principe est donc fermement établi. Il nous faut maintenant envisager les modalités d'application, en ce qui concerne les détenteurs habilités à introduire une action en réintégrande, les biens dé-

(358) *S.*, 1820, I, 209.

(359) Trib. civ. Mortagne, 22 novembre 1894, *Gaz. Pal.*, 1895, I, 33; Trib. Paix Paris, 1^{er} décembre 1922, *Somm. Table Gaz. Pal.*, 1922, 25; v. Act. possessoire n° 17; Trib. civil Lyon, 9 novembre 1927, *Somm. Table Gaz. Pal.*, 1928-I, n. 5, n° 3; Req., 1^{er} mars 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 790.

(360) Cass., 4 mai 1868, *D.*, 1868, I, 332; Cass., 17 nov. 1891, *D.*, 1892, I, 424.

(361) Cass., 28 décembre 1826, *S.*, 1827, I, 73.

tenus pouvant en faire l'objet, et les qualités de la détention.

I. — QUELS DÉTENTEURS PEUVENT FORMER UNE ACTION EN RÉINTÉGRANDE ?

En principe tous les détenteurs ont l'exercice de la réintégrande, mais il n'en est pas de même des titulaires d'une servitude à titre de tolérance ou des titulaires d'une concession sur le domaine public.

1. La jurisprudence s'est prononcée pour trois catégories de détenteurs, les locataires ou fermiers, les usufruitiers et les antichrésistes, encore que les décisions relatives aux deux dernières soient excessivement rares.

a) Par contre, pour les *locataires ou fermiers*, les décisions judiciaires sont très nombreuses. Elles ont été rendues soit que la réintégrande ait été intentée contre les tiers, soit qu'elle l'ait été contre le possesseur du bien.

La recevabilité à l'égard des tiers n'a jamais fait de doute sérieux. Nous venons de voir que la Cour de Cassation, dès le 10 novembre 1819, l'avait admise. Depuis cette date, d'autres décisions ont été rendues en cette matière, décisions variables, il est vrai, accordant ou rejetant la réintégrande intentée (362). Mais, peu à peu, les décisions se sont harmonisées et la question semble définitivement tranchée depuis l'arrêt Risbourg, Boone et Cie de la Chambre civile, rendu le 14 février 1912 (363) : « Attendu, est-il dit dans cet arrêt, que la simple

(362) Comme décision de rejet, voir : Trib. civil Dunkerque, 16 juin 1826, confirmé par Cass., 5 mars 1828, S. 1828, I, 93.

(363) D., 1913, I, 176 ; S., 1912, I, 132.

détention suffit, lorsque d'ailleurs elle est paisible et publique, pour autoriser la réintégrande, qu'il s'ensuit qu'un fermier, bien qu'il possède pour le compte d'autrui, et que son bail ne lui confère qu'un droit personnel, peut exercer cette action possessoire ». Il ne faut donc pas rechercher, en ce qui concerne la recevabilité de la réintégrande, si le demandeur à la détention du bien en vertu d'un bail ou de toute autre convention, et à quel titre et en quelle qualité il jouit. Il suffit de savoir si, en fait, il détenait effectivement au jour de la violence. Ce n'est donc pas dans le contrat de bail que le locataire puise le moyen de repousser par la réintégrande ceux qui l'ont dépossédé, mais *dans un avantage propre attaché au fait de la jouissance du bien.*

Si l'auteur de la dépossession au lieu d'être un tiers est le bailleur lui-même, est-ce que la réintégrande est tout de même recevable ? La jurisprudence a beaucoup hésité en cette matière, et elle hésite encore ; toutefois, une nouvelle orientation paraît se dessiner. Dès le début du siècle dernier, la question se présenta devant les Tribunaux, et, le 10 mars 1829 (364), la Cour de Cassation refusait la réintégrande « attendu que cette action ne peut être jamais exercée par un fermier à l'encontre de son propriétaire, parce qu'alors les contestations qui surviennent entre eux ne peuvent plus s'élever que sur l'exécution du bail ou des conventions faites entre eux ». C'était là le motif déterminant de la décision. Pareillement, le 26 novembre 1903 (365), le Tribunal civil de Cambrai

(364) S., 1829, I, 89.

(365) Gaz. Pal., 1904, I, 42.

rejetait l'action en réintégrande, car « si le locataire peut, à la violence des tiers (art. 1725 C. civ.) opposer l'action personnelle en réintégrande, il ne saurait, sans contredire son titre, l'exercer contre son bailleur, pour le compte duquel il détient la possession utile et rapporter ainsi directement et contrairement à l'article 1715 C. civ. la preuve d'un bail dénié, fait sans écrit et alors qu'il n'a reçu aucune exécution ». De même encore, un jugement du Tribunal de paix du 9^e arrondissement de Paris, rendu le 9 mars 1923 (366) déclare qu'après avoir rapproché les textes, les opinions et les arrêts en la matière « la vérité juridique paraît être que cette action, en la personne du locataire, est purement relative; c'est-à-dire qu'un locataire peut exercer l'action en réintégrande contre un tiers qui le trouble dans sa jouissance et le dépossède, mais qu'il ne le peut pas contre son propriétaire; qu'on peut dire que le locataire possède et peut défendre sa possession pour le compte du propriétaire, comme le propriétaire possède par son locataire; qu'ainsi un locataire tenant ses droits d'un nu-propriétaire, pourrait intenter l'action possessoire contre l'usufruitier, mais ne le pourrait pas contre son propre bailleur ». Dans le même sens enfin, un jugement du Tribunal civil de Lyon, du 9 novembre 1927 (367).

Mais, à côté de ces arrêts restreignant l'exercice de la réintégrande par le locataire à ses seuls rapports avec les tiers, il existe d'autres décisions qui admettent, au contraire, en termes formels, cet exercice même contre le bailleur. Ces décisions sont

(366) *Gaz. Pal.*, 1923, I, 689.

(367) *Somm. Tables Gaz. Pal.* 1928-I, page 5; n° 6.

récentes, et peuvent marquer, nous le répétons, une nouvelle orientation de la jurisprudence. C'est ainsi que le 8 février 1928 (368), le Tribunal civil de Marseille a admis le locataire d'un jardin à intenter l'action en réintégrande contre son bailleur qui en avait violemment repris une partie; le locataire obtint gain de cause et sa réintégration dans la jouissance de la totalité du jardin. Plus récemment encore, le jugement Chicot du Tribunal civil de Rouen, rendu le 17 juillet 1928 (369), sur la

(368) *Gaz. Pal.*, 1928, 1, 639.

(369) *S.* 1928, 2, 169, note Japiot. En égard à l'importance de cette décision, nous la reproduisons intégralement en note.

« Attendu que le locataire ou le fermier ne peut pas exercer la complainte : 1° Parce que c'est une action réelle et que le contrat de bail ne confère au preneur qu'un droit purement mobilier et que les actions qui dérivent de ce contrat, soit contre le propriétaire, soit contre les tiers, sont des actions personnelles; 2° Parce que la complainte suppose la possession animo domini, alors que le fermier ne possède qu'à titre précaire et n'a qu'une simple détention de la chose; attendu que le locataire ou le fermier peut exercer la réintégrande, d'une part, parce que c'est une action personnelle, car elle n'a pas pour objet de trancher la question de possession, mais a son principe générateur et sa raison d'être dans une voie de fait qui a troublé la paix publique et qu'elle est établie moins pour la garantie de la possession que pour la réparation d'un fait illicite; que, d'autre part, la réintégrande n'exige pas, pour son admission, une possession proprement dite et qui réunisse tous les caractères indiqués par l'article 2229 C. Civ., et notamment l'*animus domini*; qu'elle suppose une violence ou voie de fait ayant entraîné une déposssession et qu'il suffit que celui qui l'exerce ait une simple détention matérielle publique et paisible, au moment de la perpétration de l'acte de violence qui motive l'action; que, dans ces conditions, la réintégrande peut être exercée par le locataire ou fermier contre l'auteur de la violence quel qu'il

même question, lui donnait la même solution. Ce jugement était fondé, d'abord sur la nature personnelle de l'action en réintégrande, ensuite sur son principe générateur qui est la répression de toutes les violences et le maintien de l'ordre public. Ce fondement avait pour conséquence la possibilité pour le locataire ou le fermier d'exercer cette action contre l'auteur de la violence quelqu'il soit et même contre le bailleur (370).

Ces dernières décisions jurisprudentielles n'ont pas reçu l'adhésion unanime des auteurs. C'est ainsi que Solus les critique en déclarant que si l'on peut légitimement admettre l'exercice de la réintégrande par le preneur contre les tiers, il ne peut en être de même lorsque cette action est intentée contre le bailleur (371). « La déposssession qui émane du

soit et même contre le bailleur, et ce, indépendamment de l'action personnelle que le preneur troublé par le bailleur a, contre ce dernier, quand le fait sur lequel sa demande est basée constitue une inexécution ou une violation du contrat de bail; que, par suite, c'est à bon droit que le juge de paix du canton de Sotteville-lès-Rouen s'est déclaré compétent pour connaître de l'action en réintégrande intentée par Babonneau, locataire, contre Chicot, bailleur; que cette action n'est pas basée sur le contrat de bail existant entre les parties et que le locataire n'avait pas eu en conséquence, à démontrer que c'est en vertu de ce bail qu'il détenait les locaux dont il a été violemment dépossédé; que, d'autre part, cette action est justifiée, au fond, car il résulte des circonstances de la cause qu'il y a eu déposssession violente, sur les ordres de Chicot, des locaux dont Babonneau avait la détention matérielle et actuelle, paisible et publique; par ces motifs; confirme, etc...

(370) Adde dans le même sens : Trib. paix Lannemezan, 2 juillet 1930. *Gaz Pal.*, 1930, 2, 507.

(371) Solus. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 452; 1929, p. 159; 1930, p. 149.

propriétaire et dont se plaint le locataire ou fermier constitue, en effet, dit-il, la violation des obligations résultant du contrat du bail qui unit les parties. La protection du locataire doit être dès lors cherchée non pas dans l'action possessoire, mais dans l'action personnelle qui dérive du contrat de bail lui-même (372).

Solus nous semble ne pas distinguer les deux actions qui peuvent s'élever entre bailleurs et locataires, lorsque ces derniers sont dépossédés. Une première catégorie d'actions peut, évidemment, être simplement fondée sur l'inexécution du bail; le locataire déclare qu'il y a eu violation du contrat. La source de ces actions n'est pas dans la détention, mais dans le contrat. Mais à leur côté, il y a place pour une seconde catégorie d'actions pour lesquelles le preneur ne se base pas sur son contrat, mais, au contraire, sur la détention qu'il avait du bien loué au moment de la dépossession. A cet égard, il ne s'agit plus d'inexécution du contrat de bail, car le locataire ne se présente pas en tant que tel, mais en tant que détenteur. Et, uniquement à cause de cette qualité, il demande à être réintégré. Peu importe, à ce moment, la personnalité de l'auteur de la violence. Il ne peut même plus, à vrai dire, être question de tiers, car la qualité de bailleur peut légitimement être ignorée du preneur lorsqu'il demande sa réintégration. Par conséquent, lorsque le preneur fonde son action sur la détention, elle doit toujours être recevable, quelque soit le défendeur. Or, cette action fondée sur la détention ne saurait être que la réintégrande. Et en définitive, elle peut être intentée par le locataire contre le bailleur lors-

(372) Solus, *op. cit.*, 1928, p. 453.

qu'elle a pour fondement la détention, et non la violation du contrat de bail.

Ce point de vue, remarquons-le, a été défendu avant nous, par Lecourt (373), dans un but, il est vrai, un peu différent du notre. Il était aussi celui de Japiot dans sa note au Sirey sous l'arrêt Chicot et dans une note de jurisprudence parue à la Revue trimestrielle de 1928 (pp. 975 et s.). Ce dernier auteur rappelle justement qu'on ne peut pas interdire l'exercice de la réintégrande par le locataire contre bailleur en invoquant l'idée de relativité du vice de précarité. *La détention est une absence de possession et dès lors qu'on accorde la réintégrande au locataire « en raison seulement de sa détention », il est normal de l'accorder même contre le bailleur.* « La détention, continue cet auteur, si elle est paisible et publique à l'égard de tous, est parfaite à l'égard de tous comme détention; aucune circonstance particulière, telle que reconnaissance de défaut de droit, ne l'affaiblit au regard du bailleur. La nature spécifique de la réintégrande, distincte de la complainte, semblerait donc plutôt entraîner son admission même contre le bailleur. »

Quant à nous, encore une fois, cette extension nous paraît absolument légitime et nous espérons que la jurisprudence persistera dans sa nouvelle orientation.

b) La jurisprudence relative aux locataires et fermiers peut s'appliquer évidemment à *tous les autres détenteurs simples* d'une chose immobilière que nous connaissons. Elle reçoit application aussi facile à *ceux qui sont dans une situation mixte*

(373) Lecourt. Nature juridique de l'action en réintégrande. Thèse, Caen, 1931, pp. 95 et s.

vis-à-vis d'une chose immobilière, à la fois possesseurs et détenteurs, mais uniquement en vertu de cette dernière qualité. La Cour de Cassation a d'ailleurs rendu un arrêt en ce sens le 17 décembre 1884 (374), en matière ecclésiastique, en un temps où la séparation des Eglises et de l'Etat n'existait pas encore. Et elle a admis le curé de la paroisse à intenter une action en réintégrande contre le maire de la commune qui l'avait expulsé de vive force de son presbytère. Or, le desservant était investi d'un droit spécial d'usufruit et la commune était propriétaire du presbytère. Mais ce n'était pas en tant qu'usufruitier que le curé pouvait intenter l'action, mais parce qu'il avait la détention matérielle du presbytère.

Enfin la jurisprudence nous livre une autre application de la réintégrande dans l'hypothèse de l'antichrèse. Il s'agit d'ailleurs d'une application unique et ancienne puisque le seul arrêt rendu en la matière par la Cour de Cassation date du 16 mai 1820 (375). « Considérant, y est-il dit, que les héritiers du sieur Raymond Dupuy, n'avaient exercé devant le juge de paix qu'une simple action en réintégrande de la vigne et de l'héritage dont ils jouissaient à titre d'antichrèse par eux ou par leur auteur, depuis l'abandon qui en avait été fait au sieur Dupuy; considérant que celui qui a été violemment troublé dans sa possession doit y être réintégré et que les héritiers Dupuy se trouvant dans ce cas, le jugement attaqué en les réintégrant, a fait une juste application de la loi ».

(374) *D.* 1885, 1, 289.

(375) *S.* 1820, 1, 430. Dalloz, voir *Action possessoire*, n° 102, note 2.

Cette décision, quoique unique, reflète certainement la pensée des magistrats en matière d'antichrèse, car il n'existe aucune raison particulière à ne pas autoriser l'antichrésiste comme tout autre détenteur, à exercer l'action en réintégrande.

2. La jurisprudence a eu aussi à décider si les *précaristes du Droit français*, c'est-à-dire les titulaires d'une dépendance du domaine public et les titulaires d'une servitude à titre de tolérance, devaient être admis à exercer l'action en réintégrande. Nous avons vu (376) que la notion de tolérance en matière de servitudes était différente de la notion de détention, que, même, il ne pouvait en cette matière être question de détention, et, d'autre part, que le titulaire d'une dépendance du domaine public se comportait soit comme un détenteur, soit comme le titulaire d'une tolérance. En conséquence, la réintégrande devrait être toujours refusée à ce dernier, et tantôt accordée tantôt refusée selon les cas au titulaire d'une parcelle du domaine public. Nous allons voir que les Tribunaux semblent avoir, malgré de nombreuses hésitations, consacré ces solutions.

En matière administrative, ils n'ont eu à juger que des espèces dans lesquelles il y avait détention : la réintégrande a toujours été admise, qu'elle fut intentée contre les tiers ou contre l'administration elle-même. Par un arrêt du 23 juin 1889 (377), la Cour de Cassation a admis le concessionnaire à intenter l'action en réintégrande contre l'auteur du trouble, et d'après les décisions que nous rapporterons en étudiant dans quelles conditions notre

(376) *Supra*, pp. 213 et s.

(377) *D.* 1890, I, 151.

action peut porter sur des biens du domaine public, le résultat de la réintégrande est identique quel que soit la qualité de l'auteur du trouble.

En matière de servitudes, l'arrêt du 11 juin 1828 (378), de la Cour de Cassation a refusé l'exercice de la réintégrande motifs pris que la jouissance dont il s'agissait ne résultait que d'une simple tolérance. La même décision a été rendue pour les mêmes motifs, le 6 juin 1866 (379) toujours par la Cour suprême, et enfin récemment le Tribunal de Paix de Rouen (5^e canton) (380) a refusé la réintégrande à un possesseur dont « les faits d'utilisation... ne résultaient que d'une simple tolérance de bon voisinage ».

Ces arrêts peuvent paraître peu nombreux et insuffisants à marquer une opinion constante en jurisprudence. En réalité, ils sont complétés par ceux que nous allons maintenant analyser en étudiant la question connexe des biens pouvant faire l'objet d'une action en réintégrande.

II. — SUR QUELS BIENS PEUT PORTER L'ACTION EN RÉINTÉGRANDE ?

Nous venons de voir qu'en principe tout détenteur avait, pour le protéger, l'exercice de l'action en réintégrande. Nous allons maintenant démontrer que *tous les immeubles susceptibles d'être détenus et rien que ceux-là* peuvent faire l'objet de cette action.

1. *Biens immeubles.* — Dans la doctrine classique où la possession ne peut avoir d'effets juridiques que si elle implique une prétention à la pro-

(378) S. 1828, I, 220.

(379) D. 1867, I, 119; S., 1867, I, 257.

(380) Cité par Lecourt, thèse citée, p. 109.

priété, les biens qui peuvent faire l'objet d'une action possessoire sont les seuls biens dont il est légalement possible d'acquérir la propriété, c'est-à-dire les biens prescriptibles. Comme, d'autre part, les actions possessoires n'ont pour but que la sauvegarde de l'exercice du droit de propriété sur des biens immeubles, nous pouvons poser, en principe, que dans la théorie classique, de telles actions ne peuvent avoir pour objet que des biens immeubles prescriptibles (381).

Nous avons déjà vu (382) que cette proposition ainsi formulée n'avait pu être maintenue dans son intégralité, en ce qui concerne les biens du domaine public déclarés imprescriptibles et faisant l'objet d'une concession bénévole de la part de l'administration au profit de particuliers, et que l'exercice de la complainte avait été accordé contre les tiers.

La difficulté précédente ne pouvait pas exister en matière de réintégration, tout au moins dans la jurisprudence, puisque, pour celle-ci, *il suffit d'avoir la détention du bien pour pouvoir l'exercer*. Peu importe que le bien soit ou non susceptible de possession juridique permettant de prescrire. C'est ce qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes est venu déclarer le 25 mars 1857 (383). *Peu importe aussi que le défendeur à l'action soit un tiers ou l'administration concédante*. Celle-ci est tenue, comme un simple tiers, de respecter la détention du particulier et de ne pas se livrer, sur elle, à des actes de violence. Les décisions jurisprudentielles sont una-

(381) V. Aubry et Rau, 5^e éd., II, p. 122 § 185.

(382) *Supra*, pp. 233 et s.

(383) S. 1858, I, 453.

nimes en ce sens. Dès le 31 août 1836 (384), par l'arrêt Bailly, la Cour de Cassation rejetait le pourvoi formé contre un jugement autorisant l'exercice de la réintégration contre le maire d'une commune ; ce représentant de l'ordre et de la paix publiques n'avait pas hésité à se porter à la tête de plusieurs habitants pour détruire de vive force certains ouvrages sous prétexte qu'ils étaient établis sur un chemin public. Le Tribunal avait admis la réintégration attendu « qu'il n'est permis à personne de se faire justice à soi-même, et que la qualité de Bailly ne peut, dans cette circonstance, lui donner plus de droits qu'à un simple particulier ; qu'il ne s'agit pas, en l'état, d'apprécier le mérite de la possession des appelants, mais seulement de statuer sur une action en réintégration », c'est-à-dire, pour plus de clarté, sur la détention pure et simple d'un bien. Des décisions dans le même sens se retrouvent par la suite (385). Nous citerons uniquement certains passages d'un jugement du Tribunal civil de Mortagne, en date du 22 novembre 1894 (386), à raison de ses attendus particulièrement nets : Attendu « que la simple détention matérielle, publique, sans violence, fût-elle à titre précaire et remontât-elle à moins d'une année, est suffisante, si l'acte agressif et violent qui a dépossédé, en totalité ou en partie le détenteur, a été commis sur le fonds même qu'il détenait et si la dépossession ne remonte pas à plus d'une année ;

(384) *S.* 1837, I, 132.

(385) *Cass.*, 10 février 1864 ; *S.* 1864, I, 257 ; *D.* 1864, I, 343 ; 18 juin 1866 ; *S.* 1866, I, 365 ; 27 février 1878 ; *S.* 1878, I, 216 ; *D.* 1878, I, 277.

(386) *Gaz. Pal.*, 1895, I, 33.

Attendu que ces principes... doivent recevoir leur application sans égard à la qualité de l'auteur de la dépossession et aux prétentions qu'il peut avoir sur la propriété litigieuse ; qu'en conséquence, l'action en réintégrande doit être reçue contre l'Etat, un département ou une commune, même pour une dépossession d'immeubles compris dans le domaine public, ou pour privation d'une jouissance exercée sur de pareils immeubles ».

Le principe est donc entièrement acquis en jurisprudence de la recevabilité de la réintégrande contre l'administration. Mais n'est-il pas soumis, dans son application, à certaines modalités en ce sens que *cette recevabilité n'existerait pas pour certaines dépendances du domaine public ou pour le cas où l'agent administratif n'agirait plus en qualité de représentant de la personne administrative propriétaire du bien mais en vertu de son pouvoir réglementaire ?*

Déclarons tout de suite que ce deuxième tempérament doit être reconnu. S'il n'y avait pas irrecevabilité de la réintégrande, celle-ci aurait pour effet de contrarier indirectement les effets d'une décision administrative ; or cela ne doit pas être (387).

Par contre, le premier tempérament ne mérite pas, ce semble, d'être maintenu. Dès lors que la détention d'un bien quel qu'il soit, suffit à légitimer l'exercice de la réintégrande, sur quelle base établir une distinction entre les divers biens faisant partie du domaine public (388) ? Toutefois, un ar-

(387) V. Planiol, Ripert et Picard, III, n° 207. En ce sens : Trib. de paix de Villeneuve-Saint-Georges, 17 février 1934. *Gaz. Trib.*, 21 avril 1934.

(388) Toujours, bien entendu, sous la réserve préliminaire qu'il y ait bien détention et non exercice analogue à l'exercice d'un droit de servitude.

rêt du Conseil d'Etat du 14 décembre 1862 (389) paraît fonder cette distinction sur l'existence d'un intérêt public : dès lors que le bien faisant l'objet de la réintégrande serait affecté à un tel intérêt, elle ne serait plus recevable. Elle ne le serait que dans une espèce semblable à celle de l'arrêt sus-visé, c'est-à-dire dans l'hypothèse où seul un intérêt pécuniaire ou domanial est en jeu. Cette décision du Conseil d'Etat est l'unique décision jurisprudentielle à établir une telle restriction ; celle-ci est, il est vrai, recommandée par certains auteurs (390), nonobstant que les Tribunaux n'ayant jamais eu à statuer sur des cas d'espèce, étendre à tous les biens du domaine public la recevabilité de la réintégrande, serait dépasser la portée de ces arrêts. Remarquons qu'une telle affirmation dépasse sans doute la pensée de son auteur, car elle a certainement pour effet de dénier à la jurisprudence toute valeur en tant que source du droit : les Tribunaux statuent forcément sur des cas d'espèce, mais il n'en est pas moins vrai que des arrêts de principe, on peut induire une règle d'ordre général. D'autre part, la distinction invoquée par le Conseil d'Etat n'a pas de portée en notre matière. Le commissaire du Gouvernement sur les conclusions duquel l'arrêt a été rendu, fait allusion à l'urgence qu'il y aurait « à rétablir immédiatement » la circulation sur une voie publique au cas où elle serait gênée par la prise de possession d'un particulier sur cette voie publique. Mais cette urgence ne peut exister véritablement qu'au moment même de la prise de possession, et nous avons admis que le

(389) *D.*, 1863, 3, 3.

(390) Bazenet, *Les actions possessoires*, n° 93.

possesseur dépouillé par violence peut, sans commettre de faute, se défendre. Mais que l'on suppose une certaine prolongation de l'état de fait et le caractère d'urgence disparaît : l'administration a tacitement accepté cet état de fait, tout au moins momentanément et la détention qui en dérive légitime l'exercice de la réintégrande. Enfin, dernier argument, on se demande quel intérêt général peut primer cet intérêt supérieur qu'il y a à interdire les mesures de justice privée; or, nous n'allons pas tarder à le voir, la jurisprudence fonde l'action en réintégrande sur le principe que nul ne doit se faire justice à soi-même. Dès lors qu'un possesseur a laissé un individu s'implanter sur son bien pendant un certain temps, la réaction qu'il peut avoir au bout de ce laps de temps ne peut être que légale. Toute réaction individuelle n'est possible qu'au moment de la prise de possession, et encore, sous réserve des modalités déjà envisagées. Et l'argument tiré de ce que le détenteur s'est lui-même implanté par violence ne put pas être pris en considération : dès lors que la résistance à la violence ne s'est pas produite immédiatement, il y a eu, si ce n'est approbation tacite, du moins tolérance de la part du véritable possesseur. Par la suite la détention de l'usurpateur aura acquis assez de force pour être protégée par la réintégrande, au cas d'une nouvelle voie de fait exercée contre elle.

2. *Servitudes.* — Les servitudes exercées par tolérance, peuvent donner lieu, nous l'avons vu, à l'exercice de la complainte contre les tiers, parce on suppose que la précarité n'existe qu'à l'égard du propriétaire du fonds servant. En matière de réintégrande, à suivre l'opinion toujours manifestée par la jurisprudence, il n'est plus question de

possession, de précarité, mais simplement de détention. En conséquence, une servitude ne peut donner exercice à réintégrande que s'il est possible de parler à son sujet de détention. Or nous ne le pensons pas, et la jurisprudence semble abonder en notre sens. On ne peut véritablement pas parler de détention en matière de servitudes, parce que la détention suppose un objet matériel auquel elle s'applique. Or on ne conçoit pas que le possesseur d'un droit de servitude puisse être physiquement dépossédé ou expulsé par violences ou voies de fait, puisqu'il n'a pas la détention matérielle de la chose sur laquelle ce droit peut s'exercer. Il ne peut être que troublé, entravé ou inquiété par le propriétaire du fonds servant (391).

En jurisprudence, la question a été résolue pour la première fois par la Chambre des Requêtes, le 5 mars 1828 (392). Il s'agissait en l'espèce d'une servitude de passage dont l'exercice avait été suspendu par l'établissement d'une haie. Le propriétaire du fonds dominant demanda à être réintégré. Il ne fut pas fait droit à sa demande, parce qu'une servitude discontinue et non apparente ne peut faire l'objet d'une possession quel qu'elle soit. Sans doute, le motif supérieur de la réintégrande est l'interdiction qui est faite à chacun de se faire justice à soi-même, mais encore faut-il que la chose en litige soit susceptible de détention. Or, en notre matière, il ne peut en être question. C'est ce que la Cour décida en ces termes : « Attendu que, s'il est

(391) En ce sens, Bourbeau, De la justice de paix, n° 387; Raviart : Traité des actions possessoires, n° 313. Milhaud : Les actions possessoires, p. 20. Cf. *Supra*, pp. 213 et s.

(392) *D.*, 1828, I, 163.

vrai, en droit, que nul ne peut se faire justice à soi-même, et que l'action en réintégrande, fondée sur ce principe conservateur de la paix publique n'a point été abrogée par la législation nouvelle, il est certain aussi, en droit, que l'action en réintégrande suppose nécessairement une possession réelle et actuelle, et une dépossession par violence et voie de fait. »

La Cour de Cassation a statué encore dans le même sens, le 7 juillet 1852 (393), au sujet d'une porte qui ne donnait du jour que lorsqu'on l'ouvrait et qui avait été claquemurée. Pour les mêmes motifs qu'en 1828, la réintégrande fut refusée. Il en serait de même, encore que l'action, au lieu de porter sur le droit de servitude, porterait sur des travaux apparents et susceptibles d'être détenus, mais seulement destinés à faciliter l'exercice du droit (394).

Toutefois deux arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 4 juin 1904 (395) et du 11 mars 1925 (396) semblent avoir jugé en sens contraire et Lecourt (397) s'en prévaut pour établir l'existence d'un second courant de jurisprudence. Nous estimons, quant à nous, qu'aucune conclusion ne peut être tirée de ces arrêts en ce qui nous intéresse. Le premier d'entre eux, en effet, a été rendu dans une espèce où il était question principalement de la réintégration dans la détention d'une porte, subsidiairement de la réintégration dans l'exercice du droit de passage de cette

(393) *D.*, 1852, I, 167.

(394) *Cass.*, 9 juillet 1918. *S.*, 1920, I, 115.

(395) *D.*, 1904, I, 475; *S.*, 1905, I, 93.

(396) *D.*, 1927, I, 32.

(397) Lecourt, thèse citée, pp. 137 et s.

porte. Il est manifeste que la reconnaissance de la détention de la porte implique la possibilité de passer par elle et que la Cour suprême a entendu se prononcer uniquement sur cette reconnaissance. Dès lors, il était conforme aux principes par elle établis que la réintégrande fut accordée. Ces conclusions ressortissent manifestement de l'arrêt sus-visé qui casse un jugement du Tribunal de Cahors, motifs pris, en premier lieu, de l'existence d'une dépossession violente constituée par l'établissement d'un mur dans l'encadrement de la porte, et en deuxième lieu, de la recevabilité de la réintégrande « pour la porte ». Une situation similaire se retrouve dans l'arrêt de 1925. La Cour n'a statué que sur la recevabilité de la réintégrande en ce qu'elle s'applique à la détention du droit de co-propriété : « Attendu, y est-il dit, que le jugement attaqué constate que Gilbert avait la détention matérielle et actuelle d'un droit de propriété, qu'il en a été privé par un acte de violence ». Lecourt est d'ailleurs obligé de le constater. Mais, dit-il, « décider toutefois que le demandeur devait être réintégré dans la jouissance du puits, c'était indirectement et par voie de conséquence admettre la réintégration dans l'usage de la servitude de passage qui en était effectivement inséparable ». Sans doute; il n'en reste pas moins vrai que l'argumentation de la Cour est uniquement basée sur l'existence du droit de co-propriété, et en présence des décisions rapportées plus haut, il est permis, semble-t-il, de penser qu'elle n'aurait pas jugé de même s'il lui avait été demandé d'admettre la réintégrande uniquement pour la servitude de passage (398).

(398) Si les tribunaux admettent qu'il ne peut être question de détention en matière de tolérance, « a fortiori »,

III. — QUALITÉS DE LA DÉTENTION REQUISES POUR L'EXERCICE DE LA RÉINTÉGRANDE.

De même que la possession, pour donner lieu à complainte, doit remplir les qualités énumérées par l'article 2229 du Code civil, la détention, pour autoriser l'exercice de la réintégration, doit être exempte de certains vices qui sont la clandestinité et la violence. En d'autres termes, le Droit pour reconnaître des effets juridiques au fait de détention, en notre matière, requiert de ce fait qu'il se présente avec certains caractères.

La jurisprudence est d'une absolue constance à cet égard. Elle exige, en premier lieu, que la *détention soit paisible* (399). Cette condition est donc commune à la réintégration et à la complainte, et la violence devrait, semble-t-il, s'apprécier pareillement dans les deux cas; en conséquence, le détenteur comme le possesseur devrait exciper d'une détention paisible au moment où elle a commencé. Toutefois l'appréciation jurisprudentielle du caractère paisible est plus large pour la réintégration. Elle n'exige par l'existence de ce caractère au moment de l'entrée en possession, mais seulement au moment de la voie de fait : « Attendu que le demandeur en réintégration, déclare la Cour de Cassation dans un arrêt du 19 décembre 1929 (400), est tenu de justifier de sa détention matérielle, publique et paisible du fonds au moment de la voie de

considèrent-ils comme impossible de parler de dépossession. V. l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 mars 1828, précité.

(399) Cass., 18 novembre 1835, S., 1836, I, 15; 18 juin 1866; D. 1866, I, 425; 12 juin 1898; D. 1898, I, 379; 14 février 1912; S. 1912, I, 132; Rouen, 17 juillet 1928; S. 1928, 2, 159.

(400) S., 1930, I, 100.

fait... ». Il importe donc peu qu'à son origine la possession ait été violente, si au moment de la voie de fait ayant entraîné la dépossession, elle a recouvré un caractère paisible. A vrai dire tous ces cas de possession violente au moment initial ne paraissent pas rentrer dans la notion de détention telle que nous l'avons analysée dans notre première partie. Il s'agit en vérité d'une possession « *cum animo domini* », mais viciée à d'autres égards; il conviendrait donc, dans ces hypothèses, de ne pas parler de détention, mais plutôt de possession matérielle, inapte à l'exercice de la complainte.

Il importe, en deuxième lieu, que la détention ait un *caractère public* (401). Il est donc nécessaire que les actes de détention aient été connus du public, et particulièrement de ceux contre lesquels on veut s'en prévaloir. Aucune condition de durée n'est exigée et il n'est pas nécessaire qu'au jour de l'entrée en jouissance la possession ait été clandestine si elle a été publique au jour de la dépossession.

Telles sont les deux seules conditions extrinsèques exigées par la jurisprudence pour que la détention autorise l'exercice de la réintégrande. La condition de continuité n'est nullement exigée : une détention de quelques jours peut ouvrir la voie à cette action, et c'est au moment de la voie de fait qu'il suffit de se placer pour apprécier son existence. De même, il ne peut être question pour la réintégrande de possession équivoque. On entend, en effet, par possession équivoque soit celle qui n'indique pas avec certitude l'intention de celui qui l'exerce (402) et nous savons que la condition

(401) Mêmes décisions que pour le caractère paisible.

(402) Planiol, Ripert et Picard, III, n° 157.

d'*animus domini* n'est nullement exigée pour notre action, soit celle qui n'est pas parfaitement continue, paisible, publique et à titre de propriétaire (403) ; or, sur ces quatre conditions, deux sont inutiles, et, à leur égard, la possession peut être équivoque sans que la réintégrande en soit moins recevable, et pour les deux autres, il n'est nullement nécessaire de faire de la condition de possession non équivoque une condition supplémentaire, car la jurisprudence estime que la possession, en notre matière, doit être « clairement et incontestablement paisible et publique (404) ».

b) *Conditions d'exercice relatives à la dépossession*

A la condition de détention que nous venons d'analyser, doit s'ajouter la condition de dépossession par violences ou voies de fait. Qu'entend-on par dépossession ? Qu'entend-on par violences ou voies de fait ? Ce sont les deux questions auxquelles nous allons maintenant nous efforcer de répondre.

I. — *Dépossession et simple trouble*

Les Tribunaux exigent-ils que le détenteur soit soit dans l'impossibilité matérielle de rentrer en détention de la chose, ou bien est-il suffisant qu'il ait été simplement troublé, ou encore qu'il lui ait été possible par la suite de rentrer en possession de son bien ?

La jurisprudence a interprété restrictivement la notion de dépossession.

(403) Garsonnet, *Traité*, § 136, p. 587.

(404) Cass. 6 juin 1866, *D.*, 1867, I, 119 ; *S.* 1867, I, 257.

Elle n'admet l'existence de la dépossession que dans trois cas. En premier lieu, il y a dépossession *quand l'usurpateur occupe le bien* (405); presque toujours, il est vrai, l'usurpateur ne se contente pas de prendre possession du bien litigieux et d'y demeurer, il accomplit sur ce bien des travaux soit pour se défendre contre les attaques possibles du détenteur antérieur et lui en interdire l'accès, soit pour manifester extérieurement sa propre possession. Mais le simple fait de l'occupation suffit à constituer le dépouillement. En deuxième lieu, celui-ci peut résulter de la *destruction* d'un barrage (406) ou de la *démolition* d'ouvrages matériels (407) sur le terrain litigieux. En troisième lieu, la dépossession peut encore résulter *d'actes d'édification*. Les exemples de travaux de ce genre ont généralement trait à l'établissement de clôtures ou de barrières ayant pour effet d'interdire à un détenteur l'entrée de son terrain. Il importe peu, au surplus que la barrière soit établie sur le terrain du dépouillé ou sur le terrain d'autrui; la solution est identique dans les deux cas (408).

Par contre, rentrent dans la qualification du trouble n'autorisant pas l'exercice de la réintégration, les actes ayant pour effet d'établir une simple anticipation sur le terrain d'autrui, comme le fait d'avoir fait stationner sa voiture sur un ter-

(405) Cass., 2 juillet 1862, *D.*, 1862, I, 354; *S.*, 1862, I, 836.

(406) Cass., 18 novembre 1873; *D.* 1875, I, 413; *S.*, 1874, I, 217.

(407) Cass., 19 août 1839, I, 64.

(408) Cass., 18 juin 1866; *S.* 1866, I, 425; 14 mars 1876; *D.*, 1878, I, 68.

rain dont le demandeur était en possession (409) ou le fait d'avoir enlevé de la paille sur le terrain du demandeur (410). D'autre part, la dépossession doit avoir eu pour objet le fonds même de celui qui demande à être réintégré. Ainsi des travaux exécutés par l'usurpateur sur son propre terrain ne constituent pas une dépossession donnant ouverture à la réintégrande (411).

Des règles ainsi énoncées par la jurisprudence, il est difficile de dégager un critérium sûr de distinction entre dépossession et simple trouble, applicable en matière de réintégrande. Ce sont uniquement des cas d'espèce que nous présentent les arrêts, et jamais nous n'avons trouvé un arrêt de principe.

II. — *Violences ou voies de fait*

La jurisprudence exige que la dépossession véritable résulte de voies de fait ou de violences envers les personnes ou envers les choses, qui soient de nature assez grave pour compromettre la paix publique; il ne suffit donc pas que le détenteur ait été dépouillé, il faut que la dépossession ait eu lieu par violence ou voie de fait, et que la gravité de cette violence ou voie de fait soit telle que la paix et l'ordre public s'en trouvent affectés. Les Tribunaux ont constamment répété ce principe qui leur sert de critérium pour la recevabilité de la réintégrande. C'est d'ailleurs un critérium vague, mais

(409) Cass., 31 janvier 1871; *D.*, 1873, I, 142.

(410) Cass., 12 août 1874, *D.*, 1876, I, 501; *S.* 1875, I, 28.

(411) Cass., 6 décembre 1855, *D.*, 1855, I, 23; *S.*, 1856, I, 208.

qu'il est difficile de préciser davantage, si l'on s'en tient aux données jurisprudentielles (412).

Toutefois il est un point qui mérite d'être éclairci : est-il nécessaire pour que la paix sociale soit compromise qu'il y ait eu violence caractérisée? La violence consiste, selon un arrêt du 6 juillet 1887 (413) de la Cour de Cassation « en un acte agressif sur la personne ou sur les biens du plaignant ». La violence suppose donc une résistance du détenteur à l'usurpation. La voie de fait, au contraire, ne suppose aucune résistance; elle existe par cela seul qu'on s'empare de la possession d'autrui, arbitrairement, sans aucun titre apparent. De nombreux arrêts anciens du 28 décembre 1826 (414) et du 18 février 1835 (415) rendus par la Cour de Cassation distinguent violence et voie de fait et admettent la recevabilité de la réintégrande lorsqu'il y a seulement voie de fait : « Attendu, dit le premier arrêt, que si la violence a ses caractères particuliers, il n'est pas nécessaire du tout qu'il y ait eu des combats, et du sang répandu et que pour l'établir, notamment dans l'action civile en réintégrande, il suffit que l'acte par lequel une partie usurpe de sa propre autorité, sur l'autre objet contesté, renferme une voie de fait, grave, positive, telle qu'on pouvait la commettre sans blesser la sécurité et la protection que chaque individu en société a le droit d'attendre de la force des lois ». Cette opinion, après avoir subi une longue éclipse, a fait sa réapparition dans un arrêt de la Chambre

(412) V. Guénée. Note au *D.*, 1898, I, 346.

(413) *D.* 1887, I, 429; *S.* 1887, I, 316.

(414) *S.* 1827, I, 73.

(415) *S.* 1835, I, 886.

civile de la Cour de Cassation en date du 12 avril 1933 (416), qui s'exprime en ces termes : « Attendu qu'en se réinstallant, contrairement à la volonté manifeste du possesseur, sur le même terrain dont il venait de les expulser, les défendeurs l'en auraient dépossédé à nouveau, en commettant pour ce faire, même en l'absence de toute violence, une voie de fait de nature à mettre en mouvement le droit de légitime défense et à compromettre, dans une certaine mesure, la paix publique, c'est-à-dire à rendre recevable de ce chef l'action en réintégrande intentée ». Sans doute cet arrêt a-t-il été rendu dans une affaire marocaine en application de l'article 365 du dahir sur la procédure civile ainsi conçue : « La réintégrande peut être intentée par celui qui, dépouillé par voie de fait ou par violence, d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, en avait, lors de la voie de fait ou de la violence, la possession matérielle, actuelle, paisible et publique ». Cet article est la reproduction des diverses solutions auxquelles la jurisprudence est parvenue, mais il spécifie nettement que le dépouillement doit avoir eu lieu par violence « ou » voie de fait. Néanmoins nous considérons que les termes généraux de l'arrêt impliquent que la Cour de Cassation a jugé en principe et que sa décision aurait été la même en Droit strictement français, d'autant plus que notre matière est essentiellement du ressort de la jurisprudence (417).

(416). S. 1933, I, 270, *DH.* 1933, 318. Adde : Cass., 16 décembre 1929; S., 1930, I, 100; Cass. civ., 1^{er} mars 1938, *Gaz. Pal.*, 1938, I, 728; *Gaz. Trib. Maroc*, 9 avril 1938; *Rec. Rabat*, 1938, 417. Cette dernière espèce a encore été rendue en application de l'article 365 du dahir marocain.

(417) En plus des deux conditions de fond : détention et dépossession, il existe une condition de forme que nous rap-

B. — CONSÉQUENCES PRATIQUES DE LA CONCEPTION
JURISPRUDENTIELLE DE LA RÉINTÉGRANDE

Les Tribunaux, en considérant que la réintégrande n'exige pas, pour son exercice, toutes les conditions requises par l'article 2229, et, surtout en considérant que la détention du bien était suffisante, ont pratiquement abouti à désolidariser cette action de la plainte et de la dénonciation de nouvel œuvre. Dans leur conception, la réintégrande devient une action possessoire « *sensu latissimo* », c'est-à-dire une action fondée sur la possession au sens vulgaire du mot, en réalité une *action détentoire*. Dans la jurisprudence toujours, elle n'est pas que cela, si elle l'est principalement. Elle est aussi le moyen judiciaire de protéger les possesseurs « *cum animo domini* », dont la possession, tout en étant paisible et publique au moment du dépouillement, ne remplit cependant les autres conditions nécessaires à l'exercice de la plainte. C'est ainsi que les Tribunaux accordent la réintégrande à l'usurpateur, possesseur s'il en est, qui s'étant installé sur le bien d'autrui, s'y est maintenu pendant un certain temps et a été à nouveau dépouillé par voie de fait. Ce n'est pas tout. L'action en réintégrande peut aussi être intentée par les possesseurs qui réunissent toutes les conditions énumérées par l'article 2229 mais qui, au lieu d'être simplement troublés ont été violemment dépossédés.

Il n'est pas besoin d'insister plus longuement sur

pelons. La réintégrande doit être intentée dans le délai d'une année (art. 6 de la loi du 25 mai 1838), à partir du jour où les voies de fait ayant entraîné la dépossession ont cessé. (Cass., 16 décembre 1929 précité).

la complexité de l'action en réintégrande dans la jurisprudence. Mais cette complexité dérive du fondement que les Tribunaux lui ont attribué : ils ont voulu interdire, dans tous les cas où elles peuvent se présenter, la justice qu'on se fait à soi-même et les violations de l'ordre et de la paix publiques. C'est à l'étude de ce fondement que nous voulons maintenant nous attacher. Mais auparavant, nous voulons rappeler, pour les réfuter, les critiques qui ont été faites, au point de vue des principes, à la conception jurisprudentielle de la réintégrande.

a) *Critiques doctrinales de la conception jurisprudentielle. Réfutation*

I. — Pour critiquer la conception jurisprudentielle de la réintégrande les auteurs (418) s'appuient à la fois sur les textes et sur la tradition.

Sur les textes d'abord. Les articles 2060-2^e du Code civil, 6-1^o de la loi du 25 mai 1838 et 7-2^o de la loi du 12 juillet 1905, s'ils ont nommé séparément l'action en réintégrande, ne décèlent pas qu'ils aient voulu lui accorder une nature et des conditions particulières. D'autre part, l'article 23 du Code de procédure, s'il ne nomme par les diverses actions possessoires, les place toutes sur le même plan au point de vue des conditions de recevabilité. Par conséquent, au point de vue des textes, l'action en réintégrande est une action possessoire comme les autres, s'en différenciant seulement en ce qu'elle est ouverte au cas de dépossession violente et non au cas de simple trouble.

(418) V. Touillier II, n^o 133 et s.; Troplong, I, n^o 307; Selosse, thèse citée, p. 99; Cézair Brü et Garsonnet, I, n^o 430; Planiol I, n^o 2305.

Au reste, *la tradition*, elle aussi, est en ce sens. La réintégrande était primitivement une institution du droit canonique, apparue au Moyen Âge, à une époque où, pour réprimer les violences toujours trop nombreuses, il fallait opposer la force à la force. Le droit canonique imagina le principe « *Spoliatus ane omnia restituendus* », appliqué d'abord aux évêques dépossédés de leur siège; en vertu de cette maxime, quiconque était victime d'une spoliation devait, avant qu'on s'occupât d'aucune autre question, être restitué, que la violence eût porté sur une personne, sur un meuble ou sur un immeuble. Telle quelle, l'action en réintégrande se retrouve, en Droit civil, dans Beaumanoir et dans les Assises de Saint-Louis avec les mêmes caractères. Mais elle disparaît, au seizième siècle, avec les causes qui l'ont fait naître.

Si elle réapparaît par la suite, c'est avec des caractères tout différents et ce n'est plus à l'état autonome. Elle s'est fusionnée avec la complainte, à tel point que la coutume de Paris ne mentionne qu'une action possessoire, en cas de saisine et de nouvelleté (art. 96). Pothier, lui-même (419) ne parle que d'une seule action, la complainte. « Lorsque le possesseur l'intente pour le cas où il est troublé dans sa possession, dit-il, elle s'appelle complainte en cas de saisine et de nouvelleté. Lorsqu'il l'intente pour le cas auquel il a été dépossédé par violence, elle s'appelle complainte pour force ou dessaisine, autrement action en réintégrande ».

Forts de cette tradition séculaire, les auteurs considèrent que les codes modernes n'ont pu vouloir la bouleverser, d'autant plus que rien, dans les

(419) Pothier. Possession, n° 84.

travaux préparatoires n'annonce une telle intention.

II. — Tous ces arguments ne nous paraissent pas déterminants. Sans doute, il a pu se faire, dans l'ancien Droit, à certaines époques que la réintégrande ne soit qu'une forme particulière de l'action possessoire. Mais, de nos jours, il n'en est plus ainsi; elle est incontestablement une action distincte, à laquelle donnent ouverture des faits autres que ceux qui conditionnent la complainte.

Les textes ne sont d'ailleurs pas contraires à ce point de vue. La réintégrande, quoiqu'en pensent les auteurs classiques, est prévue d'une manière distincte par les lois de 1838 et 1905. Bien plus, l'article 2060-2° du Code civil la définit d'une manière précise, à propos de la contrainte par corps. Sans doute l'article est abrogé, du fait de l'abolition de la contrainte par corps en matière civile (loi du 22 juillet 1867); mais l'abrogation n'ébranle pas la valeur de la définition de la réintégrande contenue dans l'article abrogé. La réintégrande est ouverte lorsqu'un détenteur est dépouillé ou dépossédé par voie de fait.

Enfin, les justifications pratiques, en attendant l'étude du fondement juridique, de la conception jurisprudentielle ne manquent pas. Elle a pour effet de « protéger des individus qui, au point de vue humain, méritent une protection, nous dit Japiot (420) et qui ne remplissent pas toutes les conditions exigées par la loi pour l'action possessoire-type qu'est la complainte... L'admission d'une réintégrande différente de la complainte a l'avantage de permettre, sans trop de difficulté d'exonérer la

(420) Japiot, note au S., 1928, 2, 169.

réintégrande de certaines conditions que le législateur énumère et dont on peut alors dire qu'elles ne concernent que l'action-possessoire-type, la complainte » (421).

b) *Fondement jurisprudentiel de la réintégrande*
Conséquences

Nous avons eu l'occasion, à maintes reprises, de faire état du fondement de la réintégrande dans la jurisprudence. Nous voulons montrer maintenant comment les Tribunaux ont été conduits à s'en servir et comment ils abondent dans le sens de notre thèse.

Il ne pouvait plus être question dans le système jurisprudentiel de fonder la réintégrande sur ce que les arrêts appellent « le droit ou la qualité de la possession » (422), c'est-à-dire sur la possession qui permet de présumer le droit de propriété. Il pouvait aussi paraître difficile à la Cour de Cassation, étant donné les idées régnantes, de fonder l'exercice de la réintégrande sur une situation de pur fait, sur la simple détention actuelle du bien. Aussi s'en est-elle référée au principe général que « nul ne doit se faire justice à soi-même » (423) et à la maxime « *Spoliatus ante omnia restituendus* ». Celui qui exerce des voies de fait se met, par là-même, dans son tort, et, avant toute discussion au fond, il importe que les choses soient remises dans l'état où elles étaient primitivement, avant que la

(421) Dans le même sens : Colin et Capitant I, n° 956 ; Beudant et Voirin IV, n° 693.

(422) Cass., 5 avril 1841 ; S., 1841, I, 295.

(423) Cass., 21 mai 1928 ; S. 1928, I, 246.

voie de fait soit intervenue. Mais comme ce n'est pas à la victime de la voie de fait de se faire justice, une action doit lui être ouverte, et cette action ne peut être que la réintégrande.

C'est donc, en définitive, à la *notion d'ordre public et de paix sociale* que se réfère la jurisprudence. Cela paraît étonnant à certains auteurs, comme Lerourt (424), qui s'étonnent que « sous un régime où seule la loi régit tout notre système juridique », et « dans un pays où le rôle du juge se borne à interpréter la loi et non à élaborer des règles », les Tribunaux se soient arrogés le droit d'invoquer des principes qui ne s'appuient sur aucun texte formel. Encore que l'on puisse douter de l'absolue interdiction pour les magistrats de juger en-dehors ou au delà des textes, en se référant directement aux sources réelles du droit (les conceptions jurisprudentielles de l'enrichissement sans cause, de l'abus du droit en sont des exemples souvent cités), on peut trouver certains textes déjà énumérés qui légitiment du point de vue formel, l'exercice de la réintégrande selon des conditions qui lui sont particulières. Enfin, ce n'est pas directement que la jurisprudence a fait appel à la notion d'ordre public, mais par l'intermédiaire de la notion de détention, celle-ci répondant ainsi une fois de plus à la notion de fait juridique. Il nous est permis de dire, en conséquence, que *notre conception est fondée sur les décisions de la jurisprudence et que celle-ci l'a implicitement consacrée.*

(424) Lecourt, thèse citée, p. 236.

C. — EXTENSION PROPOSÉE DU POINT
DE VUE JURISPRUDENTIEL

Les Tribunaux, accordant l'exercice de la réintégrande au détenteur, lui assurent ainsi la protection judiciaire qui lui est due. Mais nous croyons que cette protection est encore enfermée dans des conditions d'exercice trop étroites et qu'elle gagnerait à être étendue. Nous pensons que la jurisprudence aurait intérêt à poursuivre l'évolution extensive qui s'est amorcée ces dernières années.

Sans doute, la réintégrande peut être intentée par tous les détenteurs d'une chose immobilière et elle leur permet d'être réintégrés dans leur détention (425). Mais encore faut-il que le dépouillement réponde à la notion de déposssession et qu'il ait été accompli par voie de fait. Or, il nous semble que *la détention devrait être protégée non seulement au cas de déposssession totale ou partielle, mais aussi au cas de trouble de fait grave interdisant au détenteur de faire un usage normal de la chose*. Au reste, la jurisprudence nous paraît s'être engagée, du moins par certaines de ses décisions, dans cette voie. La Cour de Cassation, par un arrêt du 3 mai 1848 (426), a considéré comme susceptible de donner lieu à ouverture de la réintégrande le fait d'inonder le terrain d'autrui, par

(425) Elle ne peut, d'ailleurs, aller plus loin. Elle ne doit, en rien, présumer du fond du droit. L'auteur de la voie de fait, ayant succombé à la réintégrande, est autorisé à ouvrir une instance au pétitoire et même au possessoire; il peut intenter une plainte, si les conditions d'exercice de cette action sont remplies. (Req., 2 décembre 1826, S., 1828, I, 492).

(426) D. 1848, I, 157; S., 1848, I, 714.

dérivation de l'eau d'une mare. Or, en ce cas, il n'y a pas dépossession, mais simplement trouble grave. D'autant plus que, dans un arrêt du 17 novembre 1857 (427), la Cour de Cassation qualifiait de trouble le fait par le propriétaire d'un fonds supérieur d'arrêter les eaux d'une rivière qui actionnent l'usine d'un fonds inférieur. Qu'il s'agisse de priver autrui de l'eau d'une rivière ou qu'il s'agisse de paralyser sa jouissance en inondant son fonds, il n'y a jamais dépossession; même si l'eau avec laquelle le voisin a envahi le fonds lui appartenait, elle ne peut-être envisagée comme un moyen d'exercer son pouvoir sur ce fonds.

Cette solution de la Cour de Cassation mérite, nous semble-t-il, d'être approuvée et encouragée. La détention doit être protégée dès lors que son existence est menacée, sans, pour cela, qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'à la dépossession.

Il faut aussi louer les décisions qui ont admis la réintégrande, dès lors qu'il y avait voies de fait, sans exiger une violence caractérisée. Dès lors que l'ordre public est compromis, dans une certaine mesure, la réintégrande doit être ouverte au détenteur. C'est là que réside le critérium d'ouverture de cette action, et non dans l'existence ou l'inexistence d'une violence.

En définitive, *le détenteur doit obtenir le bénéfice de la réintégrande lorsqu'il aura été troublé assez gravement pour ne pas pouvoir bénéficier des avantages que la chose lui procure normalement, et ce, si le trouble résulte d'une voie de fait assez importante pour compromettre, dans une certaine mesure, l'ordre public.*

(427) D.. 1858, I, 72.

§ 2. — LA PROTECTION JUDICIAIRE
DE LA DÉTENTION MOBILIÈRE

Dans la conception classique, le détenteur d'un meuble ne mérite pas plus d'être protégé que le détenteur d'un immeuble. Situation de pur fait, la détention, là comme ailleurs, ne saurait avoir d'effets juridiques.

La conception jurisprudentielle n'est pas aussi intransigeante. Les Tribunaux ont compris que, dans certains cas, la détention mobilière devait donner lieu à une protection analogue à celle qu'ils accordent à la détention immobilière, par la réintégration. Mais, ici, les arrêts sont beaucoup moins nombreux et beaucoup moins décisifs. Ils n'ont porté que sur un cas particulier, le vol d'une chose entre les mains d'un dépositaire. Aussi ne peut-on parler, non d'une solution jurisprudentielle en la matière, mais simplement de jalons posés par les Tribunaux, jalons qui, cependant, nous montrent suffisamment la voie qui doit être suivie et le but qui doit être atteint. Tout d'abord, en effet, le détenteur dépouillé par perte ou par vol doit obtenir l'exercice de l'article 2279-2°; ensuite, s'il a été dépouillé par violence, il lui faut l'exercice d'une action analogue à la réintégration.

A. — LE DROIT POUR LE DÉTENTEUR
D'INVOQUER L'ARTICLE 2279-2°

a) *Solutions jurisprudentielles*

Les Tribunaux sont venus consacrer pour le dépositaire la possibilité de revendiquer le meuble volé,

Cette solution peut paraître étonnante au premier abord. La revendication des meubles perdus et volés est prévue, en effet, à l'alinéa 2 de l'article 2279. Or, cet alinéa se présente, de l'avis de tous, comme une exception au principe posé par la première partie du texte : « Néanmoins, est-il dit, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, etc... » Le terme « néanmoins » ne laisse aucun doute à cet égard. Or, l'exception à une règle ne peut exister que dans les limites de la règle; nous voulons dire de cette façon que l'exception peut seulement être invoquée par ceux auxquels la règle est applicable. En conséquence, le détenteur ne devrait pas être admis à invoquer l'alinéa deuxième puisque la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », ne concerne que les possesseurs ayant une prétention quelconque à la propriété; très légitimement, la Chambre civile de la Cour de Cassation est venue décider, en application de cette idée, que le dépositaire ne peut jamais être admis à invoquer l'article 2279-1° (428). Logiquement donc, il ne devrait pas, non plus, être admis à invoquer l'alinéa deuxième du même article.

Mais la logique est une chose, la satisfaction des besoins pratiques en est une autre. Le juge a été obligé de plier la première aux exigences de la seconde. Et, par plusieurs jugements, il a reconnu au dépositaire la possibilité de revendiquer le meuble volé. Il s'est fondé, en droit, pour ce faire, sur la responsabilité que le dépositaire encourt du fait de la garde du meuble : cette responsabilité existe; par conséquent, il doit être possible, en cas de perte

(428) *D.*, 1920, I, 143.

ou de vol, de rentrer en la détention du meuble, pour que plus tard, lorsque le « verus dominus » viendra le réclamer, le dépositaire puisse justifier que ses obligations ont été bien remplies.

Les deux premiers arrêts rendus en la matière portaient sur des espèces identiques. Il s'agissait pour un dépositaire de revendiquer des titres au porteur qu'un employé avait détournés, dans les mains d'un créancier gagiste qui avait omis de souscrire aux formalités des articles 2074 et 2075 du Code civil. Nous savons que le créancier gagiste n'est assimilé au possesseur à titre de propriétaire que si le nantissement a été régulièrement effectué; c'est dans ce seul cas qu'il est admis à se prévaloir de l'article 2279-1° et à rejeter la revendication du véritable propriétaire. Si, au contraire, le nantissement est irrégulier, la maxime « En fait de meubles... » ne lui est plus applicable, et la revendication du propriétaire peut aboutir. Mais en sera-t-il de même si, au lieu d'être le propriétaire, c'est le dépositaire, auquel les titres ont été confiés, qui vient les réclamer ? Voilà comment la question s'est posée.

Les arrêts Merkens et Weismann et Crédit Lyonnais rendus par la Chambre civile de la Cour de Cassation, respectivement le 5 janvier 1872 (429) et le 28 mars 1888 (430) ont donné une réponse affirmative. L'espèce du premier arrêt était la suivante : un notaire entre les mains duquel des titres de rente avaient été déposés, les avaient confiés à un clerc; celui-ci, abusant de la confiance de son patron, les remit en gage à deux

(429) *D.*, 1872, I, 161.

(430) *D.*, 1888, I, 253; *S.*, 1888, I, 265.

changeurs, Merkens et Weismann. Mais alors que Weismann avait un nantissement régulier qui le mettait à l'abri des poursuites, Merkens n'avait pas souscrit aux formalités des articles 2074 et 2075 et ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 2279 « puisque, était-il dit dans l'arrêt, le nantissement irrégulier intervenu entre les parties n'avait pu lui conférer la possession que la loi déclare équivaloir à un titre », même si la revendication, au lieu d'être exercée par le véritable propriétaire, l'était par le notaire.

L'arrêt Crédit Lyonnais a décidé dans le même sens : « Si le Crédit Lyonnais n'était point propriétaire des trois titres de rente italienne en litige, il était tout au moins dépositaire de ces valeurs et responsable, en cette qualité, de leur garde envers le déposant ». Or, l'arrêt attaqué s'était fondé sur l'absence de tout droit de propriété pour interdire la revendication, car, disait-il, il ne pouvait être question pour un non-propriétaire, de contester la validité des nantissements. « Mais, a répliqué la Cour de Cassation, si, pas plus que le propriétaire, le dépositaire, victime d'un abus de confiance, n'a aucune qualité pour revendiquer les titres détournés dans les mains d'un tiers, détenteur de bonne foi qui en a acquis la possession *animo domini*, il en est tout autrement lorsque le détenteur n'est en possession que par suite d'un nantissement irrégulier; — en effet, un nantissement de cette nature ne peut conférer au détenteur qu'une possession précaire inefficace pour équivaloir à un titre et pour lui attribuer le bénéfice de l'action créée par l'article 2279 C. civ.; dans ce cas, le détenteur ne peut avoir plus de droits que l'emprunteur, auteur

de l'abus de confiance, pour le compte duquel il possède et contre lequel l'action en restitution est évidemment ouverte ». Et, en définitive, le Crédit Lyonnais était admis à rentrer en possession des titres.

La même question a été tranchée, incidemment, une nouvelle fois, par un arrêt de la Cour de Paris du 15 juin 1897 (431), dans le même sens. Cette décision suggérait à Ambroise Colin les remarques suivantes : « Certes, le fait que la soustraction des titres ne constituait qu'un abus de confiance ne pouvait faire obstacle à la validité de l'opposition, car la loi du 15 juin 1872 vise expressément dans son article 1^{er} toute dépossession survenue « par quelque événement que ce soit », à la différence de l'article 2279 C. civ., qui exclut l'hypothèse d'un abus de confiance des cas où la revendication d'un meuble corporel est, par exception, admise. Mais ce dont on pouvait douter, c'est qu'un dépositaire eût qualité pour formuler l'opposition. L'article 1^{er} de la loi de 1872 dit en effet : « Le propriétaire de titres au porteur... peut se faire restituer, etc... », texte beaucoup plus précis que l'article 2279 C. civ., lequel parle non du propriétaire, mais de « celui qui a perdu, etc... ». On comprend que, par des considérations toutes pratiques, la jurisprudence s'attache de préférence à celui des deux textes qui est susceptible de l'interprétation la plus compréhensive, et arrive ainsi à admettre la revendication ou l'opposition du simple dépositeur à l'encontre d'un détenteur irrégulier. Mais une dispo-

(431) *D.*, 1899, 2, 153 note Colin.

sition formelle n'en est pas moins méconnue, dans la lettre, et de plus, on aboutit, en somme, à instituer ici quelque chose qui ressemble fort à une action possessoire en matière mobilière ». Au reste, faisons-le remarquer, si dans le seul cas de l'article 2279, ce n'est pas, à parler vrai, la lettre du texte qui n'est pas méconnue, c'en est tout au moins l'esprit tiré du contexte, comme nous l'avons remarqué.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal civil d'Hazebrouck, par jugement du 15 mars 1901 (432), autorisait encore le dépositaire à exercer l'action en revendication des meubles qui lui avaient été confiés. Il fondait cet exercice sur le même argument juridique : la garde de la chose. La jurisprudence est donc très fermement établie.

b) *Appréciation critique*
des solutions jurisprudentielles.
Extension proposée.

Il est difficilement admissible que le risque d'encourir une responsabilité soit suffisant pour permettre l'exercice d'une action en revendication. On a beau avoir la garde d'une chose, comment expliquer qu'avec la seule qualité de gardien, on soit recevable à intenter une pareille action ?

En réalité, l'argumentation juridique des Tribunaux est beaucoup plus faible que les motifs pratiques qui les ont poussés. Les banques de crédit et de dépôt, pour lesquelles ils ont eu plus particulièrement à statuer, sont dépositaires d'un

nombre considérable de titres au porteur. Si un employé infidèle parvient à mettre la main sur des valeurs de cette nature, il est indispensable que le dépositaire fasse les démarches nécessaires pour assurer leur recouvrement. Il est toujours sur place tandis que le déposant peut être absent, empêché, fixé en pays étranger et se sentir couvert par la solvabilité de l'établissement.

Il n'en reste pas moins que le dépositaire, détenteur s'il en est, a été admis à rentrer en possession du bien qui lui a été injustement soustrait. Or, *ce qui est vrai pour le dépositaire, doit l'être de tout autre détenteur de meuble corporel; rien n'empêche d'opérer valablement cette généralisation.* Ce n'est pas, au surplus, la seule qu'il soit possible de faire. La solution prise pour le vol peut être étendue au cas de perte involontaire puisque l'article 2279-2° ne fait pas de distinction entre les deux hypothèses.

Et en définitive, on aboutit au résultat suivant : *Le détenteur doit être admis à rentrer en possession du meuble corporel perdu ou volé, et ce, au moyen et dans les limites de l'action en revendication conférée par l'alinéa 2 de l'article 2279.*

B. — L'EXISTENCE, EN NOTRE DROIT, D'UNE ACTION MOBILIÈRE EN RÉINTÉGRANDE

Cette action en revendication ainsi accordée par les Tribunaux au dépositaire n'a évidemment pas pour effet de lui reconnaître, parce qu'il triomphe, un droit quelconque de propriété. Pourtant sur le fait de détention, elle n'a d'effet que pour lui et le droit n'est nullement mis en cause. En

d'autres termes, elle est une *action destinée à protéger la détention mobilière, analogue à la réintégrande en matière immobilière*. Pourquoi donc, en conséquence, ne pas lui donner ce nom, ou bien ne pas l'appeler, comme la réintégrande, d'ailleurs, *action en restitution de détention*, ou action en revendication de détention par analogie avec l'action en revendication de possession du Droit allemand ?

Rien ne paraît nous en empêcher, d'autant plus que son domaine d'application est sensiblement identique à celui de la réintégrande. S'appliquant aux cas de perte ou de vol, en effet, elle doit pouvoir s'appliquer aussi lorsque le détenteur a été dépouillé par violence. Car il ne faut pas oublier que la maxime « En fait de meubles... » ne protège que le possesseur réunissant toutes les conditions énumérées par l'article 2229. En particulier, le détenteur pourra agir contre lui lorsque sa possession sera violente ou équivoque; or, dans ce cas, c'est une véritable action en réintégrande qu'il intentera; par définition, en effet, la possession de l'usurpateur doit nécessairement pour donner ouverture à la réintégrande, résulter de la dépossession par violence ou voie de fait du détenteur de la chose.

En résumé, *le détenteur d'un meuble corporel ou d'un immeuble, doit être protégé par une action lui permettant, au cas de trouble grave ou de dépossession, de se maintenir ou de rentrer en détention du bien.*

Conclusion

I. — Avec la protection accordée à la détention mobilière se termine l'étude des divers effets juridiques de la détention. La preuve semble faite qu'on ne puisse pas continuer à considérer la détention comme un simple fait matériel.

Sans doute, est-il rare qu'elle bénéficie des avantages juridiques qui sont conférés à la possession. Si, parfois, des détenteurs exercent la complainte ou se prévalent de la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », ce n'est que d'une manière indirecte, parce qu'ils cumulent les qualités de possesseur et de détenteur et que la première rejaillit sur la seconde ; ou bien encore, au lieu d'être un véritable détenteur, le sujet considéré se comporte d'une façon analogue à celle du précariste romain : sa situation ne dérive pas de la détention, telle qu'elle est conçue en Droit français, mais du « precarium » tel qu'il était connu à Rome. La raison de cette exclusion est d'ailleurs bien simple : la détention étant une absence de possession, il serait étonnant, voire illogique qu'elle pût en avoir les avantages, surtout si l'on pense que le Droit les confère à la possession, principalement parce qu'elle est l'apparence de la propriété.

Mais en quoi cela peut-il empêcher la détention d'avoir d'autres effets, si, au lieu de s'appuyer sur la propriété présumée, ils puisent leur fondement dans d'autres notions qui, aussi bien si ce n'est mieux que la propriété elle-même, sont des données réelles, génératrices de règles et d'effets de droit? Or nous nous sommes assez expliqué sur la question pour qu'on ne vienne pas dénier aux notions d'enrichissement sans cause ou d'ordre public, pour ne citer que celles-là, une influence directe sur la notion de détention. *Celle-ci donc*, aussi bien que la possession mais à des titres différents, *mérite d'être protégée en justice*. Mais au lieu de chercher à se prévaloir de la protection possessoire à laquelle il n'a pas droit, le détenteur doit se contenter de la protection que le Droit lui accorde spécialement; sans doute, n'est-elle pas parvenue au point de développement atteint par celle de la possession, mais sa reconnaissance contribuera à son épanouissement.

II. — La protection de la détention, les autres effets qui lui sont accordés, montrent que, si elle est un fait, elle est aussi un *fait générateur d'effets de droit*, puisqu'il n'est pas possible de trouver leur cause immédiate dans les sources réelles du droit. Détention et possession ont ainsi une nature juridique identique : elles sont toutes deux des faits juridiques. Sans doute, ne reconnaît-on pas universellement à la possession la nature d'un fait, même doté d'avantages juridiques. Certains auteurs (433), au contraire, la considèrent comme

(433) Durantoni IV, n° 245 ; Toullier XI, nos 124 et 128 ; Colmet de Santerre, VIII, n° 333 *bis*, I et 341 *bis*, III ; Rigaud, le droit réel, thèse, p. 321 ; Chauveau, *Rev. crit.*, 1931, pp. 539 et s. ; Beudant et Voirin, IV, nos 69 et 686.

un droit, précisément parce qu'elle confère à son titulaire certaines prérogatives et que, particulièrement, elle donne ouverture à une action; or, l'action, c'est traditionnellement le droit détruit en justice. Après la démonstration que nous avons faite, constatons-le, on pourrait aussi bien parler de droit de détention que de droit de possession.

En réalité, l'un n'existe pas plus que l'autre. La possession est un fait; par définition, c'est le fait d'accomplir des actes d'usage et de jouissance sur une chose en se comportant à son égard comme si l'on en était propriétaire. Ce n'est pas un droit, — on ne saurait dans quelle catégorie faire entrer le droit de possession —, mais un fait auquel la loi attache plusieurs effets juridiques. L'argument tiré de ce que la possession donne ouverture à une action est aussi inopérant. La définition classique de l'action, en effet, n'est pas entièrement juste, et l'on connaît des actions qui ne sont pas fondées sur des droits (434), ce qui permet d'en induire l'indépendance des unes et des autres. Et ce qui est vrai pour la possession, l'est « *a fortiori* » pour la détention. Donc, nous le répétons encore une fois, l'une et l'autre sont des faits juridiques.

III. — Il en résulte que les notions de détention est, comme la notion de possession, une *notion juridique*. Le Droit, en effet, nous l'avons constaté tout au long de notre étude, en a déterminé les caractères, y a apporté sa marque; ce faisant, il a érigé en rapport juridique une relation de fait et élevé jusqu'aux sphères du Droit,

(432) Vizios : Observations sur l'étude de la procédure civile. *Revue générale de droit et de jurisprudence*, 1930, pp. 81 et s.

jusqu'au règne des valeurs, une notion qui semblait devoir, plus que tout autre encore, demeurer dans le domaine des faits. Mais il ne faudrait certes pas en induire que le Droit dussse transformer en rapports de droit les faits moins importants et les plus variés. Il a simplement reconnu l'intérêt qu'à des degrés différents, le détenteur porte à la chose et qui, jusqu'alors, n'était pas protégé, alors que la fonction suprême du Droit est de sauvegarder les intérêts légitimes qui constituent la force motrice de toute action humaine et la boussole du droit lui-même.

Vu : *Le Président de la Thèse :*
E. DEMONTES.

Vu : *Le Doyen,*
G. MORIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 4 avril 1941.

Le Recteur :
SARRAILH.

Bibliographie

I. — TRAITES

- ARGOU. — Institution au Droit français, 1746, 2 vol.
- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français. 5^e éd. par RAU, FALCIMAIGNE, GAULT et BARTIN, 12 vol., 1897-1922 ; 6^e éd. par E. BARTIN, 3 vol. parus, 1935-1938.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil, 6^e éd., 1896-1898, 3 vol. ; 12^e éd. par BINET et GUYOT, 3 vol. 1919-1922.
- BAUDRY-LACANTINERIE et divers collaborateurs. — Traité théorie et pratique de Droit civil, 29 vol., 3^e éd., 1905-1909.
- BEUDANT (Ch.). — Cours de Droit civil français. 2^e éd. par BEUDANT (R.) et LEREBOURG-PIGEONNIÈRE et divers collaborateurs, 12 vol. parus, 1934-1939.
- BONNARD (R.). — Précis de Droit administratif. 1940, 3^e éd.
- BONNECASE. — Supplément au traité théorique et pratique de Droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, 6 vol. 1924-1935.
- Précis de Droit civil, 3 vol., 1934-1935 ; 2^e éd. I. 1938, II. 1939.
- Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire, 1927.
- Traité de Droit commercial maritime, 1928.
- Précis élémentaire de Droit maritime, 1932.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français, 3 vol. ; 8^e éd. avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1934-1935, 9^e éd. I. 1939.
- COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique du Code civil de DEMANTE, complété et annoté (à partir du tome IV), 1858-1884.
- CORNIL. — Traité de la possession, 1905,
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 31 col., 1869-1882.
- DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris 1745.

- DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code civil, 3^e éd.
21 vol., 1834-1837.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale, 3^e éd. 8 vol., 1912.
- GLASSON et TISSIER. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., 4 vol., 1914-1924.
- GUILLOUARD. — Traité de la prescription, 2 vol., 2^e éd., 1900-1901.
— Traité du nantissement et du droit de rétention, 2^e éd., 1896.
— Traité du louage, 2 vol., 1884.
- HAURIOL. — Précis du Droit administratif, 3^e éd., 1897.
- JAPIOT. — Cours de procédure civile, 1935.
- JOSSERAND. — Cours de droit positif français, 3 vol., 2^e éd., 1932-1933 ; 3^e éd., I 1938 et II 1939.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 33 vol., 1869-1878.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (Louis). — Manuel de Droit commercial, 15^e éd. avec la collaboration de M. AMIAUD, 1928.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, 8 vol., 5^e éd., 1926-1932, avec la collaboration de M. AMIAUD.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 6^e éd., 6 vol., 1868 (continué par P. PONT).
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil. 2^e éd., 1901.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 11^e éd., 1935 ; 12^e éd., I, 1939.
- PLANIOL, RIPERT et divers collaborateurs. — Traité pratique de droit civil français, 14 vol., 1925-1934.
- POTHIER. — Œuvres complètes, éd. Berville, 26 vol., Paris 1821-1824.
- PONT. — Traité des petits contrats, Paris 1863-1867, 2 vol.
- RAVIART. — Traité des actions possessoires, 2^e éd.
- RIPERT (G.). — Traité de droit maritime, 3 vol., 3^e éd., 1929-1930.
- SAVIGNY. — Traité de la possession. Traduction STAETTLER, 7^e éd.,
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 6^e éd., par PERCERON, 1922.
- SAY (J.-B.). — Cours complet d'Economie politique, 2^e éd., 1840, 2 vol.
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code,, 6^e éd., continué par DUVERGIER, 21 vol., 1811-1843.
- TROPLONG. — Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, 24 vol., 1845-1857.
- VAZEILLE. — Traité des prescriptions, 1824.
- VIDAL et MAGNOL. — Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire, 8^e éd., 1935.

II. — OUVRAGES DIVERS

- BAZENET. — Les actions possessoires, 1923.
- BOURBEAU. — De la justice de paix.
- BUFNOIR. — Propriété et contrat, Paris 1900.
- CABRYE. — Du droit de rétention, 1860.
- DEMONTÈS et JAUFFRET. — Code de commerce annoté, 1936.
- GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2^e éd., 1919.
- Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol., 1914-1924.
- GLASSON. — Du droit de rétention, 1862.
- IHERING. — L'Esprit du Droit romain, 4 vol. Trad. de MAULENAERE, 1878.
- Etudes complémentaires de l'Esprit du Droit romain. Trad. de MAULENAERE, 1890-91 (Fondement des interdicts possessoires ; du Rôle de la volonté dans la possession).
- Œuvres choisies traduites par MAULENAERE, 1893.
- La lutte pour le Droit. Trad. MAULENAERE, 1890.
- JOSSERAND. — Les Transports, 2^e éd., 1926.
- MILHAUD. — Les actions possessoires, 1929.
- OLIER (J.). — Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale. Toulouse, 1894.
- POCONATO. — Du Droit de rétention. Paris, 1909.
- SALEILLES. — De la possession des meubles. Etudes de droit allemand et de droit français, 1907.
- THÉZARD. — Du nantissement, des privilèges et des hypothèques, 1880.
- VERMOND. — Théorie générale de la possession en Droit romain, 1895.

III. — THESES

- APPLETON. — Essai sur le fondement de la protection possessoire. Lyon, 1893.
- CARBONNIER. — Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association. Bordeaux, 1932.
- CHAMPETIER DE RIBES. — Possession et prescription des servitudes en Droit Français. Paris, 1877.
- DUQUESNE. — Distinction de la possession et de la détention en Droit romain. Paris, 1898.

- FAU. — La protection possessoire des servitudes. Paris, 1934.
- FERRADOU. — Rôle de la possession dans le droit privé français. Bordeaux, 1928.
- HOMMEL. — Le Droit de rétention. Essai d'une théorie en Droit français. Strasbourg, 1928.
- GILLES. — La réintégrande. Paris, 1936.
- JUGLART (DE). — Obligation réelle et servitudes en Droit privé français. Bordeaux, 1937.
- LECOURT. — Nature juridique de la réintégrande. Caen, 1931.
- LOBUT. — L'antichrèse autrefois et aujourd'hui. Paris 1897.
- POPESCO-RAMNICEANO. — De la représentation dans les actes juridiques en Droit comparé. Paris, 1927.
- PANAÏT BOBES. — Les cas d'application du Droit de rétention. Paris, 1913.
- QUINCARLET. — La notion de gage en Droit privé français. Bordeaux 1937.
- RICAUD. — Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle. Toulouse, 1912.
- La théorie des droits réels administratifs. Toulouse, 1914.
- SCHWAB. — La théorie possessoire objective. Paris, 1907.
- SÉCUR. — Les permissions de voirie. Bordeaux, 1912.
- SELOSSE. — Essai sur la possession précaire. Lille, 1874.
- SONNET. — De la Précarité. Paris, 1883.
- VALETON. — La Possession des servitudes. Bordeaux, 1927.

IV. — ARTICLES

- CHAUVEAU. — Classification nouvelle des droits réels et personnels. *Revue critique*, 1931, p. 539 et s.
- JAPIOT. — La réintégrande exercée contre le bailleur. *Rev. Trim.*, 1928, p. 275.
- JOZON. — La réalité du droit du preneur. *Revue pratique de Droit français*, 1885, p. 358.
- LÉPARCNEUR. — De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations. *Revue Trim.*, 1924, p. 551.
- PÉRITCH. — La légitime défense en cas de possession et de détention. *Revue pénitentiaire*, 1921, p. 321.
- ROZY. — Réalité du droit du preneur. *Rev. prat.*, 1865, p. 468.
- SALEILLES. — Eléments constitutifs de la possession. *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1893-1894.
- La théorie possessoire du Code civil allemand. *Revue critique*, 1903-1904.

SOLUS. — Sur la réintégrande accordée au fermier contre le bailleur. *Rev. Trim.*, 1928, p. 452 ; 1929, p. 159 ; 1930, p. 149.

VIZIOZ. — Observations sur l'étude de la procédure civile. *Revue générale de droit et de jurisprudence*, 1930, p. 81.

V. — NOTES DE JURISPRUDENCE

COLIN. — *D.*, 1899, 2, 153 (revendication exercée par le dépositaire).

GUENÉE. — *D.*, 1898, 1, 346 (action possessoire exercée contre l'Etat).

HAURIOU. — *S.*, 1908, 3, 65 (droits réels administratifs).

JAPIOT. — *S.*, 1828, 2, 169 (réintégrande exercée contre le bailleur).

LYON-CAËN. — *S.*, 1903, 1, 5 (légitime défense).

ROUX. — *S.*, 1899, 2, 1 (légitime défense).

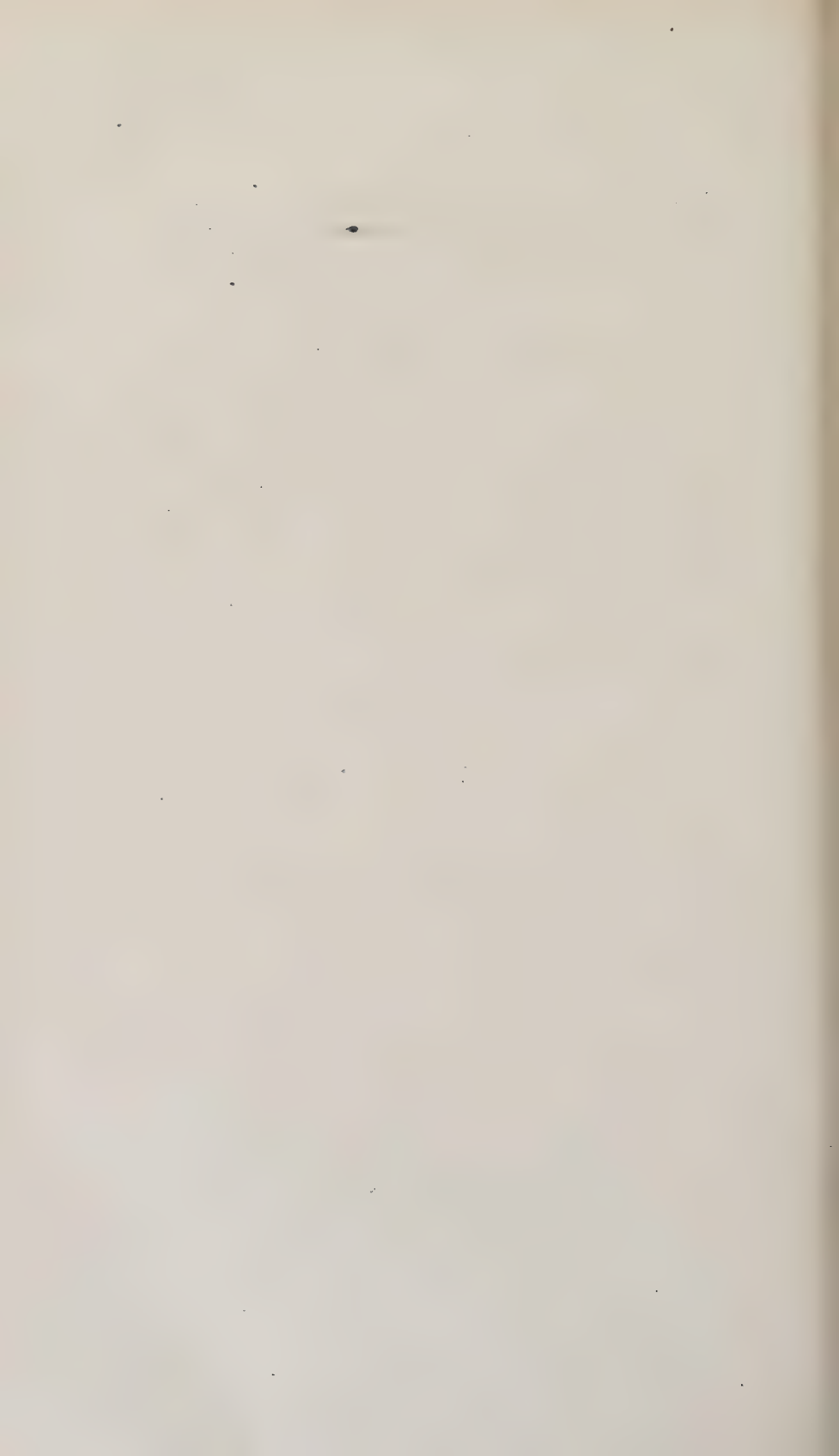


TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	5
I. Position du sujet.	5
II. Délimitation du sujet, les intérêts qu'il présente.	14
III. Plan du sujet, méthode d'exposition.	17

PREMIERE PARTIE

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU RAPPORT DE DÉTENTION.	19
--	----

CHAPITRE PREMIER

<i>L'élément corporel de la détention.</i>	21
<i>Section I. — Notion de l'élément corporel de la détention.</i>	21
§ I. — Notion de l'élément matériel proprement dit.	22
A. — Identité de principe de l'élément matériel de la détention et de l'élément matériel de la possession.	22
I. — Généralités.	22
II. — Définition de l'élément corporel.	23
a) Chez les auteurs classiques ; chez Ihering.	23
b) L'opinion divergente de Saleilles.	25
c) Réfutation de l'argumentation de Saleilles. Maintien de la définition classique.	28

B. — Les cas exceptionnels de possession symbolique.	30
§ 2. — La question de l'apport volontaire. Nécessité de son existence pour constituer l'élément corporel.	34
<i>Section II. — Acquisition de l'élément corporel de la détention.</i>	37
§ 1. — Conception traditionnelle en Droit français.	37
§ 2. — Les autres conceptions. Leur rejet.	40
A. — Exposé.	40
B. — Critique.	42

CHAPITRE II

<i>L'élément volontaire du rapport de détention (critérium de distinction de la possession et de la détention)..</i>	44
<i>Section I. — La conception classique en Droit français.</i>	45
§ 1. — Définition de l'élément volontaire.	45
I. — Définition de l'élément volontaire de la possession.	45
II. — Définition de l'élément volontaire de la détention.	47
III. — La théorie française est une théorie de la « <i>causa possessionis</i> ».	49
§ 2. — Les cas de détention en Droit français.	52
A. — Les cas de détention proprement dits.	52
a) Cas de détention fondés sur une convention.	53
b) Cas de détention fondés sur une qualité.	59
B. — Les cas de détention et de dépossession partielles.	66
a) Détenteurs partiels, possesseurs d'un droit réel principal.	68
— Les hypothèses universellement admises.	69
— Les hypothèses controversées.	70
I. — Bail emphytéotique.	70

II. — Bail ordinaire.....	72
1) Arguments en faveur de la réalité.....	73
2) Arguments en faveur de la personnalité.....	76
b) Détenteurs partiels, possesseurs d'un droit réel accessoire.....	78
— La situation du créancier gagiste..	79
— La situation du créancier antichrésiste.	85
<i>Section II. — Les conceptions objectives.....</i>	87
§ 1. — La théorie objective de Ihering.....	88
A. — La condition de volonté pour la constitution du rapport de détention.....	89
B. — Importance de l'élément volontaire pour la détention et la possession.....	90
a) Celle qu'elle a.....	90
b) Celle qu'elle n'a pas.....	91
I. — Discussion de la théorie subjective.	91
II. — Le critérium législatif de la distinction entre possession et détention.	99
§ 2. — Les théories économiques.....	101
A. — La conception de Saleilles.....	102
a) Le premier critérium de distinction..	103
b) Le deuxième critérium de distinction..	110
B. — La conception du Code civil allemand..	113
a) Critérium de distinction entre possession et détention.....	114
b) Cas de détention subordonnée.....	115
C. — La conception du Code civil suisse....	118
<i>Section III. — Appréciation critique des conceptions précédentes. Solution proposée.....</i>	121
§ 1. — Adoption de principe de la théorie subjective.	122
A. — Comparaison du point de vue des principes des théories objectives et subjectives.	123
B. — Inadmissibilité en Droit positif français de toute théorie objective.....	128

a) L'interprétation dissidente de l'art. 2228 C. civ.	129
b) Critique de l'interprétation de Troplong et de Saleilles.....	132
§ 2. — Différents caractères de l'élément intentionnel de la détention. Conséquences.....	137
A. — Le facteur intérêt dans l'élément intentionnel de la détention.....	138
B. — Solution proposée en ce qui concerne la situation de certains détenteurs que la doctrine classique a mal caractérisée.....	144
a) La situation du preneur à bail d'un immeuble.	150
b) La situation du créancier gagiste.....	157
I. — La détention du créancier gagiste.	158
II. — La possession du créancier gagiste.	159
c) La situation du rétenteur.....	163
d) La situation du créancier antichrésiste.	165
CONCLUSION.	166

DEUXIEME PARTIE

LA DÉTENTION, FAIT GÉNÉRATEUR D'EFFETS DE DROIT....	169
---	-----

TITRE PREMIER

LA DÉTENTION, SIMPLE FAIT MATÉRIEL (Conception classique, Extensions doctrinales et jurisprudentielles).	172
--	-----

CHAPITRE PREMIER

<i>La position négative des auteurs classiques au regard des effets juridiques de la détention.....</i>	172
Section I. — La détention et les effets juridiques de la possession.	173
§ 1. — Les effets juridiques de la possession.....	173
§ 2. — La détention n'a jamais les effets de la possession.	182
A. — Détention et acquisition de la propriété.	182
B. — Détention et protection possessoire.....	185

<i>Section II. — La détention n'a pas d'effets positifs propres.</i>	186
I. — Dans ses rapports avec le possesseur, le détenteur agit en vertu du titre qui l'a mis en possession.	187
II. — Dans ses rapports extra-contractuels, le détenteur agit à la faveur de principes généraux ou à raison d'une créance préexistante.	187
a) Le droit de repousser les actes agressifs sur la chose.	189
b) Le droit d'exercer la réintégrande.	189
c) Le droit au remboursement des impenses et des améliorations ou constructions et le droit de rétention.	191

CHAPITRE II

<i>L'extension doctrinale et jurisprudentielle de la protection possessoire à certaines catégories de possesseurs précaires.</i>	194
<i>Section I. — La protection de la détention partielle.</i>	196
§ 1. — La protection du détenteur partiel muni d'un droit réel principal.	197
§ 2. — La protection du détenteur partiel muni d'un droit réel du second degré.	198
I. — Le créancier antichrésiste.	198
II. — Le créancier gagiste.	198
— Le droit pour le créancier gagiste d'invoquer devant les Tribunaux, la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre »	199
a) Historique.	199
b) Condition d'application de la maxime « En fait de meubles » au créancier gagiste.	203
c) Fondement juridique de cette application, ...	207

<i>Section II.</i> — La précarité, vice relatif de la possession, en Droit français.	211
§ 1. — La possession précaire des servitudes.	213
A. — Notion de la possession précaire des ser- vitudes.	214
a) L'exercice du droit de servitude.	214
b) La servitude est exercée sans l'intention de l'acquérir.	217
B. — La preuve de la tolérance.	219
C. — Les effets de la tolérance.	225
a) Effets de la tolérance à l'égard du con- cédant.	226
b) Effets de la tolérance à l'égard des tiers.	226
1° Cas d'une servitude continue et ap- parente.	226
2° Cas d'une servitude discontinue ou non apparente.	227
D. — Appendice : Comparaison de la tolérance et de la détention.	228
a) Ressemblances.	228
b) Différences.	228
§ 2. — Les occupations privatives du domaine pu- blic.	233
A. — Les solutions jurisprudentielles.	234
a) Occupations emportant détention exclu- sive.	236
1° Concessions de chemins de fer.	236
2° Permissions de voirie.	238
3° Concessions dans les cimetières.	239
b) Occupations n'emportant pas détention exclusive.	241
1° Aisances de voirie.	241
2° Concessions dans les tramways.	242
B. — Théories proposées pour expliquer les so- lutions jurisprudentielles.	242
a) Théorie en honneur chez les civilistes : le « precarium ».	243
b) Théorie des droits réels administratifs.	245
I. — Exposé.	245
II. — Critique.	247
C. — Conclusion.	249

TITRE II

JURIDICITÉ DE LA NOTION DE DÉTENTION.....	252
---	-----

CHAPITRE PREMIER

<i>La fonction immédiate de la détention (critique de la conception matérielle de la détention dans la doctrine classique).</i>	256
---	-----

<i>Section I.</i> — La détention met en œuvre les données juridiques réelles. Confusion à cet égard de la technique et de la science.	257
---	-----

§ I. — De quelques idées générales qui dominent notre sujet et sont relatives à l'élaboration systématique du Droit.	257
--	-----

§ 2. — Critique de la conception matérielle de la détention; confusion de la science et de la technique par la doctrine classique.	265
--	-----

<i>Section II.</i> — Le donné expérimental.	267
---	-----

CHAPITRE II

<i>Fonction médiate de la détention. Détermination de la situation juridique de détenteur. Effets juridiques attachés à cette situation.</i>	270
--	-----

<i>Section I.</i> — Effets de la détention dans les rapports du possesseur et du détenteur.	271
---	-----

§ I. — La représentation du possesseur par le détenteur.	271
--	-----

A. — Représentation du possesseur par le détenteur en ce qui concerne l'élément corporel de la possession.	272
--	-----

B. — Représentation spéciale aux cas de détention intéressée	277
--	-----

§ 2. — Effets de la détention dans la personne du détenteur.	280
--	-----

A. — Effets de la détention fondés sur l'idée d'équilibre des patrimoines.	280
--	-----

a) Le droit au remboursement des impenses et des constructions.	281
---	-----

I. — Impenses.	281
------------------------	-----

II. — Constructions et plantations....	286
b) Le droit de rétention.....	295
B. — Effets attachés à la détention des locaux à usage d'habitation, professionnel ou com- mercial.	301
a) Baux des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel.....	301
b) Baux des locaux commerciaux.....	304
Section II. — La protection de la détention.....	308
Sous-section I. — La protection personnelle du dé- tenteur.	309
§ 1. — Les solutions allemandes.....	310
§ 2. — Etat de la question en Droit français : Eléments de recherche d'une solution française.	313
Sous-section II. — La protection judiciaire de la dé- tention.	319
§ 1. — La protection judiciaire de la détention im- mobilière.	322
A. — Conditions d'exercice de la réintégrande dans la jurisprudence.	322
a) Conditions d'exercice relatives à la possession.	322
I. — Quels détenteurs peuvent former une action en réintégrande.	324
1° Locataires, fermiers, usufruitiers, antichrésistes.	324
2° Précaristes du Droit français....	332
II. — Sur quels biens peut porter la réin- tégrande.	333
1° Biens immeubles.	333
2° Servitudes.	338
III. — Qualités de la détention requises pour la réintégrande.	342
b) Conditions d'exercice relatives à la dé- possession.	344
I. — Dépossession et simple trouble.....	344
II. — Violences ou voies de fait.....	345
B. — Conséquences pratiques de la conception jurisprudentielle de la réintégrande.....	349

a) Critiques doctrinales de la conception jurisprudentielle. Réfutation.	350
b) Fondement jurisprudentiel de la réinté- grande. Conséquences.	353
C. — Extension proposée du point de vue ju- risprudentiel.	355
§ 2. — La protection judiciaire de la détention mo- bilière.	357
A. — Le droit pour le détenteur d'invoquer l'art. 2279-2°	357
a) Solutions jurisprudentielles.	357
b) Appréciation critique. Extension pro- posée.	362
B. — L'existence, en notre Droit, d'une action mobilière en réintégrande.	363
CONCLUSION.	365
BIBLIOGRAPHIE.	369
TABLE DES MATIÈRES.	374

IMPRIMERIE TOULOUSAINE
RAOUL LION
2, rue Romiguières, Toulouse

